

**FERNANDA COELHO**

**A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NO PROCESSO  
CIVIL BRASILEIRO**

**CURITIBA**

**2009**

**FERNANDA COELHO**

**A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**

Monografia apresentada como requisito parcial à graduação como bacharel em Direito no Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Alcides Alberto Munhoz da Cunha

**CURITIBA**

**2009**

*Agradeço aos meus pais e ao meu  
irmão pelo apoio incondicional.*

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

FERNANDA COELHO

### **A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**

Monografia aprovada como requisito parcial à graduação como Bacharel no Curso de Direito no Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

---

Prof. Alcides Alberto Munhoz da Cunha  
Orientador

---

Prof. Sérgio Cruz Arenhart

---

Prof. Ricardo Alexandre da Silva

Curitiba, 11 de novembro de 2009.

## SUMÁRIO

<b>RESUMO</b> .....	i
<b>1. INTRODUÇÃO</b> .....	1
<b>2. DA COISA JULGADA</b> .....	3
2.1 CONCEITO DE COISA JULGADA.....	3
2.2 COISA JULGADA FORMAL E MATERIAL.....	6
<b>2.2.1 coisa julgada formal</b> .....	6
<b>2.2.2 coisa julgada material</b> .....	7
2.3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ENVOLVIDOS.....	8
2.4 LIMITES DA COISA JULGADA.....	11
<b>2.4.1 limites objetivos</b> .....	11
2.4.1.1 <i>não fazem coisa julgada material</i> .....	12
2.4.1.1.1 <u>motivos</u> .....	12
2.4.1.1.2 <u>verdade dos fatos</u> .....	13
2.4.1.1.3 <u>questão prejudicial decidida incidentalmente no processo</u> .....	14
<b>2.4.2 limites subjetivos</b> .....	16
2.5 DECISÕES QUE NÃO FAZEM COISA JULGADA MATERIAL SEGUNDO O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	19
<b>2.5.1 jurisdição voluntária</b> .....	19
<b>2.5.2 processo cautelar</b> .....	20
<b>2.5.3 processo administrativo</b> .....	22
<b>2.5.4 relações continuativas</b> .....	23
2.6 EFICÁCIA PRECLUSIVA DA COISA JULGADA.....	24
2.7 FUNDAMENTO DA AUTORIDADE DA COISA JULGADA.....	25
<b>3. DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO</b> .....	27
3.1 HIPÓTESES DE RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA ELENCADAS PELA DOUTRINA.....	31
<b>3.1.1 sentenças que não transitam em julgado</b> .....	31
3.1.1.1 <i>sentenças inexistentes</i> .....	31
3.1.1.2 <i>coisa julgada inconstitucional</i> .....	35

3.1.1.2.1 <u>inconstitucionalidade superveniente</u> .....	36
3.1.1.2.2 <u>sentença baseada na não-incidência de determinada norma, porque considerada inconstitucional <i>incidenter tantum</i></u> .....	42
3.1.1.3 <i>sentenças proferidas em ação de investigação de paternidade</i> .....	45
<b>3.1.2 decisões que, por sua natureza, não transitam em julgado</b> .....	50
3.1.2.1 <i>tutelas fundadas em cognição parcial, sumária e não definitiva</i> .....	50
3.1.2.2 <i>processo de execução</i> .....	53
3.1.2.3 <i>ação monitória</i> .....	55
<b>3.1.3 interpretação mais abrangente das hipóteses de cabimento da ação rescisória – ofensa aos princípios jurídicos</b> .....	58
<b>4. CONCLUSÃO</b> .....	60
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	63

## RESUMO

O presente trabalho de monografia tem por finalidade explicar um tema relevante dentro prática processual civil forense: a relativização da coisa julgada. Utiliza a lei, a doutrina e a jurisprudência como fonte de pesquisa sobre a coisa julgada e a chamada Teoria da Relativização da Coisa Julgada no processo civil brasileiro. De início, estuda o conceito de coisa julgada, os seus limites, os princípios constitucionais envolvidos, a eficácia preclusiva e o fundamento da autoridade da coisa julgada. Em seguida, através da análise dos argumentos que embasam a doutrina e a jurisprudência, trata da relativização da coisa julgada no processo civil, apresentando as hipóteses de relativização mais discutidas no cenário jurídico. Por fim, defende a posição contrária à relativização da coisa julgada, dando ênfase ao princípio da segurança jurídica.

**Palavras-chave:** Processo Civil. Coisa julgada. Relativização.

COELHO, Fernanda. **A relativização da coisa julgada no processo civil brasileiro**. 2009. 66 páginas. Monografia apresentada como requisito parcial à graduação como Bacharel no Curso de Direito no Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por escopo a análise da chamada “Teoria da Relativização da Coisa Julgada”, tema instigante e muito debatido no cenário jurídico, sob os mais diversos enfoques.

A tese em questão pretende desconstituir o instituto da coisa julgada em determinadas situações, dividindo-se basicamente na relativização da coisa julgada *injusta* e na relativização da coisa julgada *inexistente*, embora com diferentes abordagens traçadas pelos autores.

Por coisa julgada *injusta* entende-se que é a produzida por sentença validamente transitada em julgado, mas incompatível com os princípios jurídicos ou com os ideais de justiça da sociedade. Já a coisa julgada *inexistente* é formada quando a sentença é eivada de vício que impede a sua existência. Para os que defendem a relativização da coisa julgada, nesses casos o instituto não deve prevalecer.

Em contraposição a esses argumentos, o segmento da doutrina contrário à relativização da coisa julgada defende que a *res iudicata* não pode ser desconsiderada ou ponderada, vez que é inerente ao Estado de Direito e à segurança jurídica.

Neste trabalho de monografia será focado o debate entre essas correntes, apresentando-se as hipóteses de relativização elencadas pela doutrina e as respectivas críticas sem, contudo, pretender esgotar o tema, o qual é por demais vasto e complexo.

Para tanto, primeiramente far-se-á um estudo detalhado acerca da coisa julgada, a fim de que se possa entender a sua função e importância no ordenamento jurídico.

Assim, será analisado o conceito de coisa julgada, os princípios constitucionais envolvidos, os limites do instituto, as decisões que não fazem coisa julgada, a eficácia preclusiva, bem como o fundamento da autoridade da coisa julgada.

Após esta análise será possível adentrar na questão da relativização da coisa julgada, demonstrando-se os diversos fundamentos utilizados pela doutrina e



jurisprudência tanto em defesa da tese, quanto para combatê-la.

Quanto às hipóteses de relativização da coisa julgada apontadas pelos doutrinadores, serão abordadas especificamente as elencadas por Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina na obra *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*, que possibilitam uma visão geral a respeito desta controversa tese.

Por fim, procurar-se-á sopesar os argumentos favoráveis e desfavoráveis, para se chegar a uma conclusão acerca da possibilidade ou não de relativização da coisa julgada.

É o que se passa a analisar.

## 2. DA COISA JULGADA

### 2.1 CONCEITO DE COISA JULGADA

A coisa julgada é definida pelo artigo 467 do Código de Processo Civil como “a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.

Este instituto tem origem remota, porém mais explorado a partir do Digesto Romano (fragmento 1, título I, do Livro 42 de Modestino), que o definia como verdade (*res iudicata pro veritate accipitur*)<sup>1</sup>. Posteriormente houve opinião no sentido de que a coisa julgada consistia em ficção de verdade<sup>2</sup>. Por fim, consolidou-se e até hoje permanece o posicionamento de que a coisa não se trata nem de verdade, nem de ficção de verdade, mas de opção do legislador, orientada por critérios de conveniência, que exigem a estabilidade das relações sociais e, por consequência, das decisões judiciais<sup>3</sup>.

A primeira noção que se pode verificar sobre a *coisa julgada*, conforme os ensinamentos de GIUSEPPE CHIOVENDA, é que esta consiste na “afirmação indiscutível e obrigatória para os juízes de todos os futuros processos, duma vontade concreta de lei, que reconhece ou desconhece um bem da vida a uma das partes”<sup>4</sup>.

Significa que o bem julgado torna-se incontestável, de modo que “a parte a que se denegou o bem da vida não pode mais reclamar; a parte a quem se reconheceu, não só tem o direito de consegui-lo praticamente, em face da outra, mas não pode sofrer, por parte desta, ulteriores contestações a esse direito e esse gozo<sup>5</sup>.”

---

<sup>1</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil, volume 2: processo de conhecimento*. 6.ed. ver., atual. e ampl. da obra Manual do processo de conhecimento. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p.634.

<sup>2</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Idem*.

<sup>3</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Ibidem*. p. 634-635.

<sup>4</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de processo civil*. Campinas: Bookseller, 2002. p. 446.

<sup>5</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Idem*.

Para PONTES DE MIRANDA, há *res iudicata* quando da sentença não cabe mais recurso, e as questões de fato e de direito já foram julgadas<sup>6</sup>.

Ainda, completa o autor que “não pode mais haver controvérsia a respeito do que consta da sentença, de modo que nenhuma ação pode ser proposta para outra solução, ou para outras soluções”<sup>7</sup>.

EGAS MONIZ DE ARAGÃO, por sua vez, assim define a *coisa julgada*:

(...) no processo de conhecimento a coisa julgada tem por pressuposto essencial a sentença de mérito, como tal considerada a que reúne em si a decisão material e a decisão processual, única que pode acolher ou rejeitar o pedido (material e processual) do autor. Nesse 'julgamento', que se torna imutável ao precluir (ou esgotar-se) a faculdade de impugná-lo mediante recurso (ou quando nasce irrecorrível), consiste a 'coisa julgada'<sup>8</sup>.

No mesmo sentido, esclarecem LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART que, para que ocorra coisa julgada material, é necessário que a sentença seja capaz de declarar a existência ou não de um direito, caso contrário, não terá força suficiente para gerar a imutabilidade característica da coisa julgada. Nas palavras dos autores:

(...) a declaração judicial somente é apta a receber a qualidade de coisa julgada material se tiver intensidade suficiente para tornar-se definitiva. A declaração calcada na provisoriedade (como nas ações cautelares, em que a cognição é sumária) ou em cognição rarefeita (como acontece nos procedimentos de jurisdição voluntária, ou no processo de execução), não é apta a gerar coisa julgada simplesmente porque não visa, em essência, a produzir definitividade.

Para os doutrinadores, a coisa julgada é o reflexo da ordem jurídica abstrata no caso concreto, de modo que:

(...) se a regra abstrata (ao menos em princípio, e enquanto a necessidade social estiver acorde com ela) imutável, também a regra concreta assim deve ser. E, considerando que na sentença o juiz 'concretiza' a norma abstrata, fazendo a *lei do caso concreto*, nada mais normal que essa lei também se mostre imutável<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil. Tomo V (art.444 – 475)*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. p. 143-144.

<sup>7</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Idem*.

<sup>8</sup> ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Sentença e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1992. p.197.

<sup>9</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. cit.* p. 633.

O art. 467 do CPC se refere à coisa julgada como *eficácia* da sentença, porém essa ideia já está superada na doutrina moderna, que reconhece na coisa julgada não uma *eficácia* da sentença, mas uma *qualidade* da sentença.

Esse entendimento é defendido, por exemplo, por ENRICO TULLIO LIEBMAN:

Constitui erro de lógica definir a autoridade da coisa julgada como efeito da sentença e – consequência inevitável – identificá-la com a eficácia declaratória da própria sentença, contrapondo-a, portanto, aos seus outros possíveis efeitos (constitutivos ou condenatórios).(...)

Nessa concepção comum se esconde a última manifestação daquela singular deformação da doutrina da coisa julgada, contra a qual saiu a combater Chiovenda, e que consiste na supervalorização do elemento lógico do processo, como conteúdo da coisa julgada. Um aspecto dessa mera ilusão, que Chiovenda salientou particularmente e contribuiu decisivamente para destruir, consistia em relacionar a coisa julgada com toda a *questio*, com toda a *definitio*, de maneira que se sustentava suscetível de lograr a autoridade da coisa julgada toda forma de raciocínio do juiz. Mas a concepção comum está ainda jungida tenazmente ao aspecto inverso da mesma deformação, porque não sabe separar a coisa julgada do elemento lógico do processo, afirmando que só a resolução de uma questão controvertida possa adquirir autoridade do julgado<sup>10</sup>.

LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART ao explorar o mesmo tema, salientam o seguinte:

A eficácia da sentença, enquanto mera virtualidade, não pode ser abarcada pela imutabilidade decorrente da coisa julgada, já que não existe concretamente. Os efeitos é que podem, em tese, ser acobertados pela indiscutibilidade característica da coisa julgada. Todavia, dentre esses efeitos há aqueles que dependem de agentes externos para se realizarem, e por isso não podem ser atingidos pela imutabilidade da coisa julgada, pois podem vir a não operar efetivamente<sup>11</sup>.

Já houve discussão na doutrina sobre se a coisa julgada se cinge aos efeitos declaratórios da decisão ou também aos efeitos constitutivos, condenatórios, mandamentais e executivos lato sensu, o que segundo JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA perde a relevância, vez que a coisa julgada se opera da dimensão da declaração de direitos presente em todos os comandos judiciais produzidos em cognição exauriente, englobando os efeitos meramente declaratórios, os efeitos constitutivos – que pressupõem o efeito declaratório, e os efeitos processuais

<sup>10</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Trad. Dos textos posteriores à edição de 1945 com notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 31-32.

<sup>11</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit. p. 636.

executivos que eventualmente se agregam ao efeito declaratório, como o efeito condenatório, mandamental ou o executivo lato sensu<sup>12</sup>.

Enfim, a partir das teorizações acima expostas, pode-se concluir que o instituto da coisa julgada se trata de uma qualidade - e não “eficácia”, como dispõe o art.467 do CPC - que torna imutável e indiscutível o comando que emerge da parte dispositiva da sentença de mérito fundada em cognição exauriente e não mais sujeita a recurso.

## 2.2 COISA JULGADA FORMAL E MATERIAL

Como anteriormente visto, a coisa julgada tem sua formação quando da decisão de mérito que declara a existência ou não de um direito e extingue o processo já não couber recurso algum. A coisa julgada pode ser classificada em *coisa julgada formal* e *coisa julgada material*, as quais serão adiante analisadas.

### 2.2.1 coisa julgada formal

GIUSEPPE CHIOVENDA define a coisa julgada formal como a *preclusão das impugnações*<sup>13</sup>. Nas palavras do autor:

Assim é que se verifica a preclusão definitiva das questões propostas (ou proponíveis) quando no processo se obteve uma sentença não mais sujeita a impugnações. Sentença passada em julgado (coisa julgada em sentido formal) é como essa sentença se denomina<sup>14</sup>.

Conforme lecionam LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART que “a impossibilidade de rediscutir a matéria decidida *dentro da mesma relação processual* conduz, inexoravelmente, à ideia de *preclusão*”<sup>15</sup>. Dessa forma e, tendo em vista que a preclusão consiste na extinção de uma faculdade processual, que se opera internamente na relação processual, argumentam os autores:

<sup>12</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Coisa julgada e declaração. Temas de processo civil*. 1ª Série, São Paulo: Saraiva, 1988, p.81-89.

<sup>13</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. Op. cit. p. 450.

<sup>14</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. Idem.

(...) a chamada coisa julgada formal, em verdade, não se confunde com a verdadeira coisa julgada (ou seja, com a coisa julgada material). É, isto sim, uma modalidade de preclusão, a última do processo de conhecimento, que torna insubsistente a faculdade processual de rediscutir a sentença nele proferida<sup>16</sup>.

A coisa julgada formal, portanto, pode ser identificada como uma espécie de preclusão da faculdade de rediscussão da sentença dentro de um mesmo processo, e não se confunde com a coisa julgada material, como será visto a seguir.

### 2.2.2 coisa julgada material

Para GIUSEPPE CHIOVENDA, a coisa julgada material consiste na *obrigatoriedade nos futuros processos*.

Segundo ENRICO TULLIO LIEBMAN, trata-se da qualidade especial que se une aos efeitos da sentença, tornando-os imutáveis. Para o autor, deve estender-se não apenas ao efeito declaratório, mas a todo o conteúdo da sentença, quando tal conteúdo tenha por fim modificar a realidade jurídica. Ou seja, quando a sentença além de declaratória, seja também constitutiva, sendo que as demais eficácias que se têm também como efeitos principais da sentença, ou desaparecem ou se confundem com seus efeitos subsequentes<sup>17</sup>.

PONTES DE MIRANDA, por sua vez, explica que a *coisa julgada material* tem a função de acabar com as controvérsias e a insegurança, impedindo as decisões contraditórias<sup>18</sup>.

Quanto à diferença entre a coisa julgada formal e a coisa julgada material, explica o autor:

A coisa julgada é formal quando não mais se pode discutir no processo o que se decidiu. A coisa julgada material é a que impede discutir-se, noutro processo, o que se decidiu. Essa contém aquela, porém nem toda decisão com eficácia de coisa julgada formal produz coisa julgada material<sup>19</sup>.

---

<sup>15</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit. p. 632.

<sup>16</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Idem.

<sup>17</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. Op. cit. p. 31-32.

<sup>18</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit. p. 151-152.

<sup>19</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Ibidem. p. 203.

A coisa julgada formal, portanto, é pressuposto para a coisa julgada material. Segundo NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, enquanto a primeira torna imutável dentro do processo a sentença, protegendo-a dos recursos definitivamente preclusos, a coisa julgada material a torna imutável e indiscutível, tanto no processo em que foi proferida a sentença, quanto em processo futuro<sup>20</sup>.

Sobre a formação da coisa julgada material, elencam os autores os seguintes requisitos: I) a existência do processo, isto é, que estejam presentes os pressupostos de constituição do processo; II) que exista sentença de mérito; III) que essa sentença não mais esteja sujeita a recurso ou a reexame necessário.

Já LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART ao tratarem do tema, explicam que a *coisa julgada material* se refere à indiscutibilidade da sentença judicial fora do processo (em relação a outros feitos judiciais), ao passo que a *coisa julgada formal* diz respeito à indiscutibilidade da decisão judicial verificada dentro do processo. Ou seja, enquanto a primeira é *extraprocessual*, a segunda é *endoprocessual*<sup>21</sup>.

Diante dos ensinamentos acima expostos, verifica-se que, enquanto a coisa julgada formal se opera dentro do processo em que foi prolatada a sentença judicial, a coisa julgada material torna a sentença imutável e indiscutível fora do processo.

Ainda, é possível concluir que somente as sentenças de mérito, que acolhem ou rejeitam a pretensão do autor, produzem coisa julgada material, ao passo que as demais produzem apenas coisa julgada formal.

## 2.3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ENVOLVIDOS

A coisa julgada tem fundamento constitucional, expresso no art. 5º, inc. XXXVI da Constituição Federal, que assim dispõe: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a *coisa julgada*”.

Tal proteção tem razão de ser na importância do instituto, que é indispensável ao Estado Democrático de Direito e à efetividade do direito fundamental de acesso

<sup>20</sup> NERY JÚNIOR, Nelson; Rosa Maria de Andrade Nery. *Código de processo civil comentado*. 7ª ed. São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 860.

<sup>21</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit. p. 631.

ao Poder Judiciário<sup>22</sup>. Nesse sentido, conforme lecionam LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART: “de nada adianta falar em direito de acesso à justiça sem dar ao cidadão o direito de ver o seu conflito solucionado definitivamente”<sup>23</sup>.

O Estado de Direito consiste em um sobreprincípio, relacionado a outros princípios reveladores de seu conteúdo, entre eles o princípio da segurança jurídica<sup>24</sup>.

A Segurança Jurídica, conforme destacam GILMAR FERREIRA MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, ao se tratar de subprincípio do Estado de Direito, assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado na realização da própria ideia de justiça material<sup>25</sup>.

Para LUIZ GUILHERME MARINONI, a segurança jurídica pode ser analisada em duas dimensões, uma objetiva e outra subjetiva. Segundo o autor, no plano objetivo, a segurança jurídica recai sobre a ordem jurídica objetivamente considerada, aí importando a irretroatividade e a previsibilidade dos atos estatais, assim como o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada (art.5º, XXXVI, CF). Já em uma perspectiva subjetiva, a segurança jurídica é vista a partir do ângulo dos cidadãos em face dos atos do Poder Público<sup>26</sup>.

Na dimensão subjetiva encontra-se o princípio da proteção da confiança (confiança que os atos estatais devem proporcionar aos cidadãos). Sustenta o autor, que o direito à segurança jurídica, como direito à proteção da confiança gerada pelos atos do Estado, é indissociável da noção de dignidade da pessoa humana<sup>27</sup>.

Ao tratar do assunto, argumenta INGO SARLET:

a dignidade não restará suficientemente respeitada e protegida em todo lugar onde as pessoas estejam sendo atingidas por um tal nível de instabilidade jurídica que não estejam mais em condições de, com um mínimo de segurança e tranquilidade, confiar nas instituições sociais e

<sup>22</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Ibidem. p. 667.

<sup>23</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Ibidem. p. 668.

<sup>24</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional: a retroatividade da decisão de (in)constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada: a questão da relativização da coisa julgada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p.65-66.

<sup>25</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. 3ª ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 488.

<sup>26</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit..p. 65-66.

<sup>27</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Ibidem. p.66-67.



estatais (incluindo o Direito) e numa certa estabilidade das suas próprias posições jurídicas<sup>28</sup>.

Explica, MARINONI que a coisa julgada tutela o princípio da segurança jurídica em sua dimensão objetiva, “deixando claro que as decisões judiciais são definitivas e imodificáveis”<sup>29</sup>. Já na outra dimensão do princípio da segurança jurídica, relacionada à proteção da confiança, afirma o autor que “a coisa julgada garante ao cidadão que nenhum outro ato estatal poderá modificar ou violar a decisão que definiu o litígio”<sup>30</sup>.

Não se pode deduzir do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal que a coisa julgada é protegida somente contra o legislador. Conforme esclarece LUIZ GUILHERME MARINONI, a circunstância de a norma ter se referido ao legislador não quer dizer que a Constituição quis liberar o administrador e o juiz para a desrespeitarem. A norma não se ocupou do juiz porque “a possibilidade de este desconsiderá-la é pouco mais do que estranha aos princípios do estado de Direito e às regras do próprio direito processual (art.267, V, CPC)”<sup>31</sup>.

Acrescenta, o doutrinador, que:

o art. 5º, XXXVI, quando disse que 'a lei não prejudicará a coisa julgada', não quis dizer apenas que a lei não pode modificar a situação definida pela decisão que produziu coisa julgada, mas sim que nenhuma lei infraconstitucional pode negar ou desproteger a coisa julgada. Qualquer lei que diga que uma decisão, proferida em processo em que todos os argumentos e provas puderem ser apresentados, pode ser revista pelo Poder Judiciário, não acatada pelo Poder Executivo, ou alterada ou modificada pelo Poder Legislativo, é uma lei inconstitucional<sup>32</sup>.

Poder-se-ia questionar, deste modo, se seriam ilegítimos os casos de ação rescisória. Porém, conforme explica LUIZ GUILHERME MARINONI, estes casos são plenamente legítimos e não configuram inconstitucionalidade, vez que nenhuma destas hipóteses permite a revisão da decisão ou uma nova análise da interpretação judicial, mas somente a desconstituição da coisa julgada em razão de situações

<sup>28</sup> SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 435.

<sup>29</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Op.cit.. p.67.

<sup>30</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Ibidem. p.67-68.

<sup>31</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Ibidem. p.68.

<sup>32</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Ibidem. p.69-70.

excepcionais<sup>33</sup>, visto que a proteção constitucional da coisa julgada se deve à importância do instituto ao Estado de Direito e à segurança jurídica.

Nesta senda, pode-se passar à análise dos limites da coisa julgada.

## 2.4 LIMITES DA COISA JULGADA

Há certos limites à coisa julgada, que podem ser divididos em *limites objetivos* e *limites subjetivos*, adiante analisados.

### 2.4.1 limites objetivos

O art.468 do CPC dispõe que “a sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas”.

Conforme esclarece GIUSEPPE CHIOVENDA, o que determina os limites objetivos da coisa julgada é a demanda de mérito da parte autora<sup>34</sup>. Para o autor, essa é a principal consequência prática de se considerar, no estudo da coisa julgada, antes a afirmação de vontade que encerra o processo do que o raciocínio lógico que a precede<sup>35</sup>.

Nas palavras de GIUSEPPE CHIOVENDA, “o objeto do julgado é a conclusão última do raciocínio do juiz, e não as premissas, o último e imediato resultado da decisão, e não a série dos fatos, das relações ou dos estados jurídicos que, no espírito do juiz, constituíram os pressupostos de tal resultado<sup>36</sup>.”

Conforme explica EDUARDO TALAMINI, ao limitar a coisa julgada ao *decisum* não se pretende conferir ao instituto um alcance meramente formal. Nas palavras do autor:

a limitação da coisa julgada à parte dispositiva significa assegurar a estabilidade do resultado concreto do processo, a imutabilidade do comando

<sup>33</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Idem.

<sup>34</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. Op. cit. p.494.

<sup>35</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. Idem.

<sup>36</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. Ibidem. p. 495.

jurisdicional – compreendido aqui não apenas no seu aspecto formal, mas no sentido de outorga da *tutela jurisdicional*, que recai sobre uma situação concreta<sup>37</sup>.

Tendo-se em vista que somente a parte decisória da sentença de mérito é que faz coisa julgada material, faz-se mister esclarecer o que não o faz, tema do tópico a seguir.

#### *2.4.1.1 não fazem coisa julgada material*

O art. 469 do CPC dispõe que não fazem coisa julgada: I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença; III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentemente no processo. Tais limitações serão analisadas nos itens a seguir.

##### 2.4.1.1.1 motivos

Conforme estabelece o artigo supracitado, os motivos, ou as razões de decidir, ainda que determinantes para a parte dispositiva da sentença, não ficam acobertados pela autoridade da coisa julgada. Sobre o assunto, preleciona PONTES DE MIRANDA:

Fora do processo, o que pode ter eficácia de coisa julgada (material) é o enunciado sentencial. O que pode acontecer e por vezes acontece é que se têm de apreciar para se saber qual o verdadeiro alcance da decisão ou das decisões. Porém, mesmo em tais circunstâncias, não fazem coisa julgada, nem têm eficácia de coisa julgada material (art.469, I, *verbis* 'ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença'). Está-se apenas no plano da interpretação dos enunciados da sentença, em pesquisa lógica<sup>38</sup>.

Para o referido autor, “fez bem o art. 469, I, em repelir o que alguns juristas queriam conferir aos motivos”<sup>39</sup>.

Já na opinião de LUIZ RODRIGUES WAMBIER, FLÁVIO RENATO CORREIA

<sup>37</sup> TALAMINI, Eduardo. *A coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

p.82.

<sup>38</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit. p.177-178.

<sup>39</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Idem.

DE ALMEIDA e EDUARDO TALAMINI “trata-se de uma escolha do legislador, que pode gerar resultados que choquem o senso comum, em razão da falta de coerência que pode haver entre decisões. É, todavia, a técnica pela qual optou o legislador brasileiro”<sup>40</sup>.

Em que pese os motivos não fazerem coisa julgada, deve-se ter em mente, conforme afirma OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, que “o dispositivo se há de entender e dimensionar em razão desses motivos, tanto que o legislador os considera importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença”<sup>41</sup>.

Diante dos posicionamentos acima mencionados, pode-se observar que os motivos, que compõem os fundamentos da decisão, não são revestidos pela autoridade da coisa julgada, porém são importantes para determinar o alcance do dispositivo da sentença.

#### 2.4.1.1.2 verdade dos fatos

A verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença, não faz coisa julgada (art.469, II do CPC).

Conforme lição de EGAS MONIZ DE ARAGÃO, este inciso é natural decorrência do inciso I do artigo 469 do CPC (que dispõe que os motivos não fazem coisa julgada). Nas palavras do mestre:

(...) se os motivos da sentença não fazem coisa julgada, muito menos a verdade dos fatos estabelecida como fundamento da sentença iria fazê-lo. Nenhum juiz, em outro processo, ficará vinculado ao que a sentença houver admitido como verdade; ao proferir o seu julgamento qualquer juiz poderá e deverá reapreciar livremente os fatos para formar seu convencimento<sup>42</sup>.

Sobre o tema, prelecionam NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, nos seguintes termos:

A segunda parte da sentença, a fundamentação, composta pelos motivos de fato e de direito, bem como pela verdade dos fatos estabelecida como

<sup>40</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil, volume 1: teoria geral do processo de conhecimento. Coord. Luiz Rodrigues Wambier. 7º ed. Rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 549.

<sup>41</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres*. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 136.

<sup>42</sup> ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Op. cit. p.253.

premissa para o julgamento, não é atingida pela coisa julgada material, ainda que determinante e imprescindível para demonstrar-se o conteúdo da parte dispositiva da sentença.

[...] Assim, o conjunto formado pela causa de pedir e fundamentos não seria atingido pela coisa julgada material. Os fundamentos, porque não transitam em julgado, podem ser reapreciados em outra ação, sendo livre o magistrado para dar a eles a interpretação e o valor que entender correto<sup>43</sup>.

Ressalta, PONTES DE MIRANDA, que “a verdade dos fatos em que se funda a sentença não faz coisa julgada, porque o juiz pode ter tido como verdadeiro fato que não o era”<sup>44</sup>.

Ainda, segundo EDUARDO TALAMINI, “se um fato reputado como ocorrido voltar a ser relevante em outro processo, entre as mesmas partes, mas com objeto diverso (diferente pedido e/ou causa de pedir), poder-se-á concluir pela inocorrência da coisa julgada”<sup>45</sup>.

Em suma, a verdade dos fatos, por não fazer coisa julgada material, pode ser reapreciada livremente pelo juiz em processo posterior.

#### 2.4.1.1.3 questão prejudicial decidida incidentalmente no processo

Além dos motivos e da verdade dos fatos, também não faz coisa julgada material a questão prejudicial decidida incidentalmente no processo, conforme dispõe o art. 469, inciso III do CPC.

Segundo EGAS MONIZ DE ARAGÃO, estabelecer o conceito de questão prejudicial envolve muitas dificuldades, de modo que, primeiramente, é necessário definir o que seja “questão”, e depois verificar no que consiste a “questão prejudicial”<sup>46</sup>.

O autor define “questão” como “ponto controverso”, ou seja, tema do processo a cujo respeito surge debate, em contraposição aos “pontos”, que são temas sobre os quais não há divergência. Quanto ao adjetivo “prejudicial”, o define como o “julgamento que antecede e prejudica”. Adiante, explica que a *questão prejudicial*

<sup>43</sup> NERY JÚNIOR, Nelson; Rosa Maria de Andrade Nery. *Código de processo civil comentado*. 10ª ed. São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.701.

<sup>44</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit.. p. 179.

<sup>45</sup> TALAMINI, Eduardo. Op. cit. p.83.

como “questão a ser apreciada antes (*prae*) do julgamento (*iudicium*) de outra, ou outras”. No entanto, ressalta que a questão deve ser absolutamente necessária ao julgamento, e que, nem toda questão que deva ser apreciada antes é prejudicial.

Enfim, explica que são questões prejudiciais as que além de obstaculizar, normalmente vinculam o julgamento<sup>47</sup>.

Já para PONTES DE MIRANDA, a questão prejudicial pode ser definida como o ponto, a questão ou a causa<sup>48</sup>. De acordo com o autor:

No ponto prejudicial, há algo de assente (isto é, não controverso), ou de resolvido, entre as partes, implícita ou explicitamente anteposto à matéria a ser decidida. Na questão prejudicial, há comunicação de conhecimento, a ser apreciada pelo juiz, que funciona como antecedente lógico, sem ser preciso, ou sem ser provável formar processo separado<sup>49</sup>.

Ressalta, o mestre que:

o processo civil leva à constituição da relação jurídica processual em que o juiz é obrigado a sentenciar; porém há fatos que impedem a constituição e questões que, julgadas a favor de quem as levanta, não só excluiriam a obrigação do juiz, como também lhe vedariam aplicar o direito cuja incidência se sustenta. É possível que tais questões estejam noutro processo, talvez mesmo de jurisdição penal. O princípio é o de que cada jurisdição conhece e decide do que lhe pertence; e a outra só atende à eficácia da coisa julgada material, ou sobre fatos (não se confundam as duas), segundo os princípios de direito positivo. (...) Compreende-se que o princípio de serem julgadas antes da questão principal as questões prejudiciais se deduza da própria definição de prejudicialidade e até do étimo (*prae-iudicialis*): dá-se prejudicialidade quando alguma questão se interpõe pode excluir a obrigação de sentenciar sobre a questão principal<sup>50</sup>.

Prossegue, o autor, sustentando que a questão prejudicial pode ser de mérito ou não, sendo que a que não é de mérito pode prejudicar todo o processo e deixa de ser prejudicial, passando a ser extintiva do processo<sup>51</sup>.

Dessa forma, segundo os entendimentos supramencionados pode-se afirmar que questão prejudicial, no sentido adequado, é a questão que prejudica o futuro julgamento por ser absolutamente necessária a ele, vinculando-o.

Ainda, é de se ressaltar que a questão prejudicial pode ser resolvida

<sup>46</sup> ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Op. cit., p. 254-255.

<sup>47</sup> ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Ibidem. p. 255-256.

<sup>48</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit. p. 165-166.

<sup>49</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Idem.

<sup>50</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Idem.

<sup>51</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Idem.

incidentemente no processo, caso em que não produzirá coisa julgada material (art. 469, inciso III do CPC), ou decidida em processo separado, desde que a parte o requeira, o juiz seja competente em razão da matéria e a questão constitua pressuposto necessário para o julgamento da lide, situação em que haverá formação da *res iudicata*, conforme estabelece o art.470 do CPC.

#### 2.4.2 limites subjetivos

Estabelece o artigo 472 do CPC que “a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros”.

De acordo com OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, a eficácia natural da sentença vale para todos, assim como ocorre com qualquer ato jurídico, porém a autoridade da coisa julgada somente opera sobre as partes. Sobre o assunto, preconiza o autor:

À medida que o estudo dos efeitos ultra partes que a sentença pode provocar no que se refere aos terceiros, evidencia que tais efeitos nada têm a ver com a indiscutibilidade peculiar à coisa julgada material, mais se fortalece a convicção de que a sentença só tem valor de coisa julgada inter partes, só a favor e contra aqueles que integraram a respectiva relação processual<sup>52</sup>.

Sobre a finalidade da norma em comento, argumenta EDUARDO TALAMINI:

Estaria sendo vedado o acesso à justiça ao terceiro, caso se lhe estendesse a coisa julgada formada em processo alheio. Depois, isso implicaria privação de bens sem o devido processo legal. Haveria ainda a frustração da garantia do contraditório: de nada adiantaria assegurar o contraditório e a ampla defesa a todos os que participam de processos e, ao mesmo tempo, impor como definitivo o resultado do processo àqueles que dele não puderam participar<sup>53</sup>.

<sup>52</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres*. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 96.

<sup>53</sup> TALAMINI, Eduardo. Op. cit. p.96.

Afirma HUMBERTO THEODORO JÚNIOR que o artigo supracitado não deve ser interpretado no sentido de que os estranhos possam ignorar a coisa julgada, vez que a sentença, como ato jurídico relevante entre as partes as quais intervêm, existe e vale com respeito a todos<sup>54</sup>.

De acordo com o autor, “o que ocorre é que apenas a imutabilidade e a indiscutibilidade da sentença não podem prejudicar, nem beneficiar, estranhos ao processo em que foi proferida a decisão trânsita em julgado”<sup>55</sup>.

Dessa forma, esclarece HUMBERTO THEODORO JÚNIOR que o terceiro pode ajuizar demanda contra uma das partes e ganhar, em que pese a contradição lógica entre os dois julgados, sem que haja contradição jurídica, pois neste caso o juiz não está vinculado à decisão anterior, que não entra em contato com a posterior<sup>56</sup>.

GIUSEPPE CHIOVENDA por sua vez, assim preconiza sobre os limites subjetivos da coisa julgada:

Não convém, por conseguinte, firmar como princípio geral (e isso se faz ordinariamente) que a sentença só prevalece entre as partes; na verdade, é o contrário. Releva, em vez disso, asseverar que a sentença não pode prejudicar outros, que permaneceram estranhos à lide (ou, pelo menos, estranhos à sentença, pois estranho à lide pode ser o próprio condenado à sentença)<sup>57</sup>.

LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART bem esclarecem sobre o tema no trecho a seguir colacionado:

(...) observa-se que somente as partes precisam da coisa julgada. Não fosse a coisa julgada, em função da legitimidade que ostentam para discutir a sentença, poderiam debater o conflito de interesses ao infinito. Para esses sujeitos, sim, a coisa julgada resulta em utilidade, pondo fim, em determinado momento, à controvérsia, e tornando definitiva a solução judicial oferecida. Por isso, somente as partes é que ficam vinculadas pela coisa julgada. Embora terceiros possam sofrer *efeitos da sentença* de procedência, é certo que a autoridade da coisa julgada não os atinge<sup>58</sup>.

Já OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, ao tratar do assunto, traz explicação

<sup>54</sup> THEODORO Júnior, Humberto. *Curso de direito processual civil*, vol.1, 40ª ed., Rio de Janeiro:Forense, 2003. p. 499-500

<sup>55</sup> THEODORO Júnior, Humberto. Idem.

<sup>56</sup> THEODORO Júnior, Humberto. Idem.

<sup>57</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. Op. cit. p. 499-500.

<sup>58</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART Sérgio Cruz. Op. cit. p. 643.



acerca dos efeitos da coisa julgada sobre terceiros:

O princípio cardeal, em matéria de extensão subjetiva da coisa julgada, consubstancia-se no seguinte: ou a lei faz extensiva a eficácia peculiar da coisa julgada a alguém que haveria de permanecer terceiro, estranho à demanda, e, nesse caso, a questão se resolve numa das hipóteses de *litisconsórcio necessário*, de modo que o suposto terceiro passa a ser parte; ou a intervenção não é *necessária*, no sentido de ser inafastável, e ter-se-ão casos de *efeitos reflexos* ou outros efeitos (ditos naturais) da sentença que não impedem que os terceiros rediscutam o julgado, havendo aquele nexo de prejudicialidade-dependência, definida pela doutrina italiana como capaz de dar ensejo à intervenção de terceiros; ou, nos demais casos, que envolveriam os chamados *terceiros indiferentes*, estes não de suportar, não a coisa julgada, mas as *eficácias naturais da sentença*<sup>59</sup>.

Com relação à segunda parte do artigo supracitado (“nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros”), esclarecem LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART o equívoco da determinação:

(...) confunde-se, aí, o efeito próprio da coisa julgada com o efeito natural da sentença. Efetivamente, no caso descrito na regra – assim como ocorreria em qualquer outra situação, em que todos os sujeitos interessados (portanto, partes e terceiros interessados) viessem a participar de certo processo, a sentença daí resultante seria indiscutível por todas as pessoas. Para algumas, por falta de legitimidade (terceiros indiferentes). Para outras, em razão de intervenção (terceiros interessados), e somente para algumas em função da coisa julgada (partes)<sup>60</sup>.

Diante dos supramencionados ensinamentos, pode-se concluir que os efeitos da sentença não se limitam às partes, atingindo também terceiros, porém a coisa julgada só se faz entre as partes do processo.

Quanto ao terceiro, é importante salientar que se os efeitos da sentença repercutem sobre sua esfera jurídica, conferindo-lhe interesse e legitimidade para agir (terceiro interessado), este pode buscar pronunciamento judicial em sentido diverso do emitido no processo de que não participou, sem que lhe possa opor a coisa julgada. Já o terceiro indiferente, o qual não possui a referida legitimidade, é atingido pelos efeitos naturais da sentença, mas não pela coisa julgada.

Após a explanação acerca dos limites da coisa julgada, pode-se passar à análise das decisões que não produzem coisa julgada material, o que será visto no

<sup>59</sup>

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Op. cit. p.96.

item a seguir.

## 2.5 DECISÕES QUE NÃO FAZEM COISA JULGADA MATERIAL SEGUNDO O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Existem decisões que o Código de Processo Civil considera não serem aptas a produzir coisa julgada material. São elas as decisões proferidas em jurisdição voluntária, em processo cautelar, em processo administrativo e as decisões que tratam de relações continuativas. No entanto, conforme se verá a seguir, há divergência na doutrina quanto à natureza de algumas dessas decisões e à formação de coisa julgada.

### 2.5.1 jurisdição voluntária

Com relação à jurisdição voluntária, dispõe o art. 1.111 do CPC que “a sentença poderá ser modificada, sem prejuízo dos efeitos já produzidos, se ocorrerem circunstâncias supervenientes”. Ou seja, afirma o CPC que não se produz coisa julgada em jurisdição voluntária.

Segundo NELSON NEY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, a sentença proferida em procedimento de jurisdição voluntária somente se reveste de coisa julgada formal<sup>61</sup>. Nas palavras dos autores:

Se fatos posteriores justificarem a alteração do que ficou decidido ou se o juiz, após a prolação da sentença, verificar a ocorrência de alguns dos motivos que em tese autorizariam rescisória, de ofício ou em virtude de requerimento da parte pode fazer os reparos que julgar necessários. A sentença proferida nos procedimentos de jurisdição voluntária não precisa, por isso, da ação rescisória para sua alteração, sendo carecedor de ação aquele que intentá-la para esse fim<sup>62</sup>.

Entretanto, conforme explicam LUIZ RODRIGUES WAMBIER, FLÁVIO RENATO CORREIA DE ALMEIDA e EDUARDO TALAMINI, a inocorrência de coisa

<sup>60</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART Sérgio Cruz Arenhart. Op. cit. p. 644.

<sup>61</sup> NERY Junior, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 10ª Ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 1255.

<sup>62</sup> NERY Junior, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Idem.

julgada em jurisdição voluntária não significa que há possibilidade de pleitear a alteração da decisão a qualquer tempo e imotivadamente. De acordo com os autores, só é possível provocar essa alteração se houver situação fática que justifique esse pedido<sup>63</sup>.

Portanto, conforme se verifica do disposto no Código de Processo Civil e dos ensinamentos da doutrina, não faz coisa julgada material a decisão proferida em jurisdição voluntária, fazendo-se a ressalva de que não é possível alterar esse pronunciamento judicial a qualquer momento e imotivadamente.

### **2.5.2 processo cautelar**

Dispõe o artigo 810 do CPC que não fazem coisa julgada as decisões proferidas em processo cautelar, salvo se versarem sobre a prescrição ou a decadência do direito ligado ao processo principal.

Sobre o processo cautelar, preleciona ALCIDES A. MUNHOZ DA CUNHA, nos seguintes termos:

Historicamente, sob a denominação de processo cautelar ou função cautelar, a cognição sumária de urgência teve sua funcionalidade distorcida, com repercussão nos regramentos processuais, como se correspondesse necessariamente a uma função acessória, destinada a garantir a inteireza dos efeitos de um provimento judicial em um processo dito principal, de cujo processo seria sempre dependente, donde a conclusão (equivocada) de que a referibilidade a uma lide principal haveria de ser uma constante ineliminável.

Todavia, já é tempo de reconhecer que, ao invés de acessória (cujo fim seria a segurança de um processo principal), trata-se de uma função subsidiária, residual, supletiva em face da insuficiência ineliminável dos demais tipos de cognição (que foram preordenados à definição de direitos), tanto que essa função residual destina-se a atuar em situações emergenciais, sem o fim de buscar a definição de direitos e as eficácias

---

<sup>63</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. Op. cit. 550.

contidas da certificação ou presunção<sup>64</sup>.

Conforme explica o doutrinador, a função cautelar ou de urgência atua na busca por provimentos emergenciais sobre a afirmação de um estado de necessidade de segurança, com a finalidade de garantir a integridade de interesses materiais ou processuais, ameaçados de lesão ou agravamento de lesão, de difícil ou impossível reparação, sem importar se os bens jurídicos ameaçados consistem em direitos já certos, presumidos como certos, ou apenas interesses verossímeis<sup>65</sup>.

Dessa forma, conclui o mestre que a decisão proferida em processo cautelar não produz coisa julgada material, vez que, em se tratando de tutela subsidiária, não pode aspirar a definição de direitos e, conseqüentemente, merecer as eficácias da presunção e da certificação de direitos<sup>66</sup>.

Segundo HUMBERTO THEODORO JUNIOR, “uma demonstração evidente de que a sentença cautelar não faz coisa julgada encontra-se no artigo 810”<sup>67</sup>, o qual assim dispõe: “O indeferimento da medida não obsta a que a parte intente a ação, nem influi no julgamento desta, salvo se o juiz, no procedimento cautelar, acolher a alegação de decadência ou de prescrição do direito do autor”.

Assim, explica SÉRGIO CRUZ ARENHART a formação de coisa julgada material quando há reconhecimento de ocorrência de prescrição ou decadência no processo cautelar, nos seguintes termos:

Considerando que nestas hipóteses o juiz tem condições de chegar a um juízo de certeza sobre a questão (até porque se trata de mera questão de direito, onde não há necessidade de prova), evidente que sobre este julgamento haveria de incidir coisa julgada material<sup>68</sup>.

Sobre a mesma hipótese, também se manifesta HUMBERTO THEODORO JUNIOR, afirmando que “nesse caso o que realmente há é um julgamento antecipado de mérito (do direito a ser disputado na ação principal)”<sup>69</sup>.

Ante o exposto, pode-se afirmar que em princípio não há formação de coisa

<sup>64</sup> CUNHA, Alcides A. Munhoz da. *Correlação lógica entre cognição, preclusão e coisa julgada*. In: Revista de Processo 163, ano 33, setembro de 2008. Editora Revista dos Tribunais, p. 374.

<sup>65</sup> CUNHA, Alcides A. Munhoz da.. Idem.

<sup>66</sup> CUNHA, Alcides A. Munhoz da. Ibidem, p. 375.

<sup>67</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo cautelar*. 13ª ed. rev. e atual. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda., 1992, p.156.

<sup>68</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p.219-220.

<sup>69</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo cautelar*. p.157.

julgada material em processo cautelar, vez que nesse tipo de processo não há declaração definitiva acerca da existência de um direito. Porém, quando o juiz reconhece a ocorrência de prescrição ou decadência do direito acautelado, esta decisão é acobertada pela autoridade da coisa julgada, na medida em que é fundada em um juízo de certeza.

### 2.5.3 processo administrativo

A decisão proferida em processo administrativo também não produz coisa julgada material. A coisa julgada, de acordo com LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART, “é fenômeno típico e exclusivo da atividade jurisdicional. Somente a função jurisdicional é que pode conduzir a uma declaração que se torne efetivamente imutável e indiscutível, sobrevivendo mesmo à sucessão de leis (art.5º, XXXVI, da CF)”<sup>70</sup>.

Segundo PONTES DE MIRANDA, a eficácia que a decisão em processo administrativo tem para o juiz cível é a de motivo de prova<sup>71</sup>. Nesse sentido, esclarece o autor:

É de atender-se, porém, a que pode a decisão administrativa ser objeto de cognição e julgamento do juiz, em virtude dos princípios constitucionais, principalmente se é de invocar-se o princípio constitucional segundo o qual a lei, leia-se, interpretando-se *a fortiori*, a própria lei – não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual<sup>72</sup>.

Assim, pode-se concluir que em razão do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, expresso no art. 5º, inc. XXXV da Constituição Federal, somente o Judiciário tem o poder de dizer o direito com força de coisa julgada, não possuindo tal aptidão a decisão proferida em processo administrativo.

---

<sup>70</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART Sérgio Cruz. Op. cit. p. 638.

<sup>71</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit. p. 167.

<sup>72</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Idem.

#### 2.5.4 relações continuativas

Estabelece o art. 471 do CPC que “nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo: I - se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença; (...)”.

No que diz respeito às relações continuativas, que presumem situações novas ao longo do tempo, a sentença que delas trata, segundo o artigo referido, não faz coisa julgada. No entanto, conforme esclarece HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, desaparecida a situação jurídica abrangida pela sentença, a própria sentença tem que desaparecer também, e isso não significa alterar a sentença anterior, mas obter uma nova sentença para uma situação também nova<sup>73</sup>.

No mesmo sentido, LUIZ GUILHERME MARINONI E SERGIO CRUZ ARENHART afirmam que não é correto dizer que a sentença não transita em julgado só porque as circunstâncias de fato que a fundaram podem variar. Nas palavras dos autores, “não há aqui que se falar em ofensa à coisa julgada, já que a nova ação (proposta com base em nova causa de pedir) ainda não foi examinada pela jurisdição”. Ou seja, modificada a causa de pedir, resta modificada a ação, ensejando nova coisa julgada.<sup>74</sup>

LUIZ GUILHERME MARINONI alerta que há nas relações continuativas elementos que podem ser ditos permanentes e outros temporários. Explica que um elemento permanente, caso seja invocado em uma segunda ação, é em regra uma circunstância velha sob roupagem nova; e um elemento temporário, na medida em que diz respeito a situações alteráveis a todo momento, em regra representa uma circunstância nova. Segundo o autor, no primeiro caso, não há nova causa de pedir e, portanto, outra ação, vez que esta segunda ação está obstaculizada pela coisa julgada material; já na segunda hipótese, ao contrário, há nova causa de pedir e outra ação, que fará surgir outra decisão e outra coisa julgada material<sup>75</sup>.

Conforme acima exposto, a melhor doutrina entende que o artigo 471, inciso I do CPC está equivocado ao dispor que a sentença que trata das relações

<sup>73</sup> THEODORO Júnior, Humberto. Op. cit.. p. 499-500

<sup>74</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART Sérgio Cruz. Op. cit. p. 639-640

<sup>75</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit. p.145.

continuativas não faz coisa julgada quando sobrevier modificação no estado de fato ou de direito, vez que neste caso há modificação da causa de pedir, surgindo nova ação e, conseqüentemente, nova coisa julgada, que não se confunde com a primeira.

## 2.6 EFICÁCIA PRECLUSIVA DA COISA JULGADA

De acordo com o art.474 do CPC, “passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido”. Trata-se da *eficácia preclusiva da coisa julgada* (denominada, antigamente, de *julgamento implícito*), fenômeno que atinge os fundamentos da sentença que ficou acobertada pela autoridade da coisa julgada.

Segundo LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART, significa que “para proteger a declaração transitada em julgado, todo o material relacionado com o primeiro julgamento fica precluso, inviabilizando sua reapreciação judicial em ação subsequente”<sup>76</sup>.

Na opinião dos autores, não significa que os motivos da sentença transitam em julgado, mas que “uma vez julgada a controvérsia, e elaborada a regra concreta do caso, todo o material utilizado como pressuposto para atingir essa declaração torna-se irrelevante e superado (mesmo que, sobre ele, não se tenha o órgão jurisdicional manifestado expressamente, ou completamente)”<sup>77</sup>.

Esclarece, LUIZ GUILHERME MARINONI, que “não apenas as alegações deduzidas, mas também as que poderiam ter sido deduzidas – ditas dedutíveis -, presumem-se oferecidas pelas partes e repelidas pelo órgão jurisdicional”<sup>78</sup>. Assim, para o doutrinador “a questão da eficácia preclusiva da coisa julgada não se preocupa com a imutabilidade dos fundamentos, mas com a possibilidade de se infringir a coisa julgada mediante a propositura de ação baseada em fundamento deduzido ou dedutível em ação anterior”<sup>79</sup>.

Conforme explica ALCIDES A. MUNHOZ DA CUNHA, “os motivos deduzidos

<sup>76</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit. p. 647.

<sup>77</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Idem.

<sup>78</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit. p.75-76.

<sup>79</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Idem.

e dedutíveis poderão eventualmente ser revalorados em face de outra lide, envolvendo as mesmas partes e inclusive a mesma relação jurídica, mas para obter resultado diverso”<sup>80</sup>.

Alerta, MARINONI, que a eficácia preclusiva abrange também as questões de direito que podem ser conhecidas de ofício pelo juiz<sup>81</sup>. Ainda, segundo o autor, “a eficácia preclusiva não torna indiscutíveis quaisquer alegações, mas tão somente as relacionadas com o *thema decidendum* da demanda, ou seja, as vinculadas ao pedido, às partes e à causa de pedir debatidas no processo”<sup>82</sup>.

No mesmo sentido, lecionam LUIZ RODRIGUES WAMBIER, FLÁVIO RENATO CORREIA DE ALMEIDA e EDUARDO TALAMINI:

Não se confunda, todavia, a impossibilidade de se usar um argumento que não foi deduzido expressamente numa determinada ação já finda, num outro processo posterior, com a possibilidade de se formular o mesmo pedido com outra causa de pedir, permitida pelo nosso sistema. Importante observar, aqui, que, se o mesmo pedido é formulado com outra causa de pedir, se está diante, na verdade, de um outro pedido, já que, como se viu, a causa de pedir qualifica o pedido<sup>83</sup>.

Portanto, conforme acima exposto, a eficácia preclusiva da coisa julgada atinge os fundamentos da sentença acobertada pela coisa julgada, de modo que estes, apesar de não transitarem em julgado, ficam preclusos, não podendo ser reapreciados em eventual ação posterior. Ainda, de acordo com a melhor doutrina, esse fenômeno atinge apenas as questões vinculadas às partes, à causa de pedir e ao pedido.

## 2.7 FUNDAMENTO DA AUTORIDADE DA COISA JULGADA

Como anteriormente visto, nem a coisa julgada formal, nem a coisa julgada material são efeitos da sentença, mas qualidades da sentença e de seus efeitos, tornando ambos imutáveis. Nessa imutabilidade do comando que emerge da

<sup>80</sup> CUNHA, Alcides A. Munhoz da. Op. cit, p. 368.

<sup>81</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Ibidem. p. 77

<sup>82</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Ibidem. p.138.

<sup>83</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. Op. cit. p.551.



sentença é que consiste a autoridade da coisa julgada. Faz-se necessário esclarecer, então, qual o fundamento da autoridade da coisa julgada, o que será visto a seguir.

Segundo GIUSEPPE CHIOVENDA, os romanos justificavam a autoridade da coisa julgada com razões de utilidade social, ou seja, para que a vida social se desenvolva de maneira segura e pacífica, faz-se mister “imprimir certeza ao gozo dos bens da vida, e garantir o resultado do processo”<sup>84</sup>. Para este autor, como o processo é um instituto público destinado à atuação da vontade da lei quanto aos bens da vida por ela garantidos, a explicação da coisa julgada está na exigência social da segurança no gozo dos bens<sup>85</sup>.

Arremata, o autor, que é só em relação à afirmação ou à negação de uma vontade do Estado que garanta a alguém um bem da vida no caso concreto que se pode estender a autoridade do julgado, vez que com a sentença só se consegue “a certeza da existência de tal vontade e, pois, a incontestabilidade do bem reconhecido ou negado”<sup>86</sup>.

Para ENRICO TULLIO LIEBMAN, o fundamento da autoridade da coisa julgada está na utilidade pública e social. Nas palavras do autor:

Assim, a eficácia de uma sentença não pode por si só impedir o juiz posterior, investido também ele da plenitude dos poderes exercidos pelo juiz que prolatou a sentença, de reexaminar o caso decidido e julgá-lo de modo diferente. Somente em razão da utilidade política e social – o que já foi lembrado – intervém para evitar esta possibilidade, tornando o comando imutável quando o processo tenha chegado à sua conclusão, com a preclusão dos recursos contra a sentença nele pronunciada.<sup>87</sup>

No entendimento de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, a autoridade da coisa julgada funda-se na premissa de que “é a lei que confere à sentença a autoridade de coisa julgada, reconhecendo-lhe, igualmente, a força de lei para as partes do processo”<sup>88</sup>. O autor sustenta ainda que “tão grande é o apreço da ordem jurídica pela coisa julgada, que sua imutabilidade não é atingível nem sequer pela lei

<sup>84</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. Op. cit. p.448-449.

<sup>85</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. Idem.

<sup>86</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. Idem.

<sup>87</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. Op. cit. p. 31-32

<sup>88</sup> THEODORO Júnior, Humberto. *Curso de direito processual civil – teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. p. 539-564.

ordinária garantida que se acha a sua intangibilidade por preceito da Constituição Federal (art.5º, XXXVI)”<sup>89</sup>.

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, assim como os romanos e Chiovenda, identifica o fundamento da autoridade da coisa julgada com a preocupação com a segurança nas relações jurídicas e a paz na convivência social. Em suas palavras:

Na realidade, porém, ao instituir a coisa julgada, o legislador não tem nenhuma preocupação de valorar a sentença diante dos fatos (verdade) ou dos direitos (justiça). Impele-o tão somente uma exigência de ordem prática, quase banal, mas imperiosa, de não mais permitir que se volte a discutir acerca das questões já soberanamente decididas pelo Poder Judiciário. Apenas a preocupação de segurança nas relações jurídicas e de paz na convivência social é que explicam a *res iudicata*.

Esclarecido o instituto da coisa julgada, como se forma, sua importância para o Estado de Direito, seus limites, bem como o fundamento de sua autoridade, pode-se passar à análise, no próximo item, de um tema polêmico da atualidade, a chamada “Teoria da Relativização da Coisa Julgada”, que gera debates ferrenhos na doutrina, centralizados na disputa entre a segurança jurídica e a “justiça da decisão”.

### **3. DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**

Conforme anteriormente visto, a coisa julgada torna imutável e indiscutível a sentença de mérito, desde a sua preclusão no processo, sanando qualquer vício do processo em que operou. No entanto, há situações excepcionais, em que o defeito é tão grave que o legislador, em nome da justiça material, previu instrumentos aptos a superar a coisa julgada.

Pode-se citar como exemplo a impugnação ao cumprimento de sentença, os embargos à execução contra a Fazenda Pública e, principalmente, a ação rescisória<sup>90</sup>, a qual visa a anular a coisa julgada sobre decisão judicial, revisando o julgamento<sup>91</sup>.

<sup>89</sup> THEODORO Júnior, Humberto. *Curso de direito processual civil – teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento* Idem.

<sup>90</sup> Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

I - se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;

A despeito da existência de tais instrumentos, surgiu no Superior Tribunal de Justiça a Teoria da Relativização da Coisa Julgada, tese polêmica seguida por parte da doutrina, segundo a qual se entende que mesmo as sentenças de mérito acobertadas pela autoridade da coisa julgada material podem ser revistas em casos especiais, em que se desconstitui a coisa julgada em prol da prevalência de valores humanos, políticos e morais.

De acordo com essa tese, nenhum valor constitucional é absoluto, de modo que todos devem ser interpretados sistemática e harmoniosamente e, em caso de colisão entre princípios constitucionais, deve-se aplicar à coisa julgada o princípio da proporcionalidade<sup>92</sup>, da legalidade e da instrumentalidade. Argumenta-se que se deve aplicar o princípio da proporcionalidade, no sentido de que a coisa julgada, como um dos valores constitucionalmente protegidos, não pode prevalecer sobre

II - proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente;

III - resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;

IV - ofender a coisa julgada;

V - violar literal disposição de lei;

VI - se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória;

VII - depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;

VIII - houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença;

IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa;

§ 1º Há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido.

§ 2º É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato.

<sup>91</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; Sérgio Cruz Arenhart. Op.cit. p. 652-653.

<sup>92</sup> Segundo o Ministro José Augusto Delgado, “a segurança jurídica imposta pela coisa julgada está vinculada aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade que devem seguir todo ato judicial”, devendo, o intérprete, “ao se deparar com conflito entre princípios da coisa julgada e outros postos na Constituição, averiguar se a solução pela aplicação do superprincípio da proporcionalidade e da razoabilidade, fazendo prevalecê-los no caso concreto, conduz a uma solução justa e ética e nunca àquela que acabaria por consagrar uma iniquidade, uma imoralidade”. (José Augusto Delgado, Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais, *Coisa julgada inconstitucional*, Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p.35. V. Cândido Rangel Dinamarco, Relativizar a coisa julgada material, *coisa julgada inconstitucional*, Rio de Janeiro, América Jurídica, 2002).

outros valores de mesmo grau hierárquico; o princípio da legalidade, em razão de que o poder do Estado deve ser exercido dentro dos limites da lei, não sendo possível a proteção da coisa julgada à sentença alheia ao direito positivo; e, quanto ao princípio da instrumentalidade, sustenta-se que o processo, enquanto instrumental, tem sentido somente quando o julgamento estiver pautado pelos ideais de justiça e adequado à realidade.

Dessa forma, para a parte da doutrina que defende a relativização da coisa julgada, além das hipóteses de ação rescisória (art.485 do CPC), seria possível desconsiderar este instituto em processo próprio, a fim de que prevaleça outro bem (de índole material) constitucionalmente tutelado.

A título de exemplo, podem ser citados como defensores dessa teoria CÂNDIDO R. DINAMARCO<sup>93</sup> e HUMBERTO THEODORO JÚNIOR,<sup>94</sup> os quais sustentam que deve prevalecer a tese da relativização da coisa julgada sempre que houver uma injustiça dada na primeira decisão, ou ainda, quando a injustiça da primeira decisão for qualificada como “séria” ou “grave”.

Entretanto, há outro segmento da doutrina que se insurge contra essa tese, por entender que a coisa julgada se trata de postulado inerente ao Estado de Direito, de modo que não se pode admitir, por exemplo, o condicionamento da força da coisa julgada a não produção de injustiça, ou que o instituto seja objeto de ponderação<sup>95</sup>. Nessa corrente destacam-se LUIZ GUILHERME MARINONI, SÉRGIO CRUZ ARENHART, OVÍDIO BAPTISTA, FREDIE DIDIER JR. E NELSON NERY JR.<sup>96</sup>.

<sup>93</sup> DINAMARCO, C. R. “**Relativizar a coisa Julgada Material**”. Revista de Direito Processual (RePro), Ed. RT, nº 109, 2003, São Paulo. p. 22-23.

<sup>94</sup> THEODORO JR., H.; CORDEIRO, J. F. de. “**A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle**”, in **Coisa julgada Inconstitucional**, Ed. América Jurídica, Rio de Janeiro, 2002. p. 139.

<sup>95</sup> Segundo Luiz Guilherme Marinoni “a coisa julgada não pode ser objeto de 'ponderação' por não constituir um princípio cujo fundamento axiológico possa ser mensurado e comparado com os outros. Ela é uma regra formal do próprio discurso jurídico, cuja fundamentação é pragmático-transcendental”. Nesse sentido, prossegue o autor: “além de a expressão superprincípio não ser adequada para definir a proporcionalidade em sentido estrito, se existe alguma coisa, na dimensão ora estudada, que pode ser qualificada de 'super', esta é a regra da coisa julgada. A coisa julgada seria uma regra, e não um princípio, caso estivesse inserida no próprio discurso jurídico, pois a Constituição por ela optou diante do risco de eventuais injustiças”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional: a retroatividade da decisão de (in)constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada: a questão da relativização da coisa julgada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.184; 190-191).

<sup>96</sup> Sobre o assunto, sintetiza o processualista: “entre o justo absoluto, utópico, e o justo possível, realizável, o sistema constitucional brasileiro, a exemplo do que ocorre na maioria dos sistemas democráticos

Dentre os defensores da Teoria da Relativização da Coisa Julgada, além dos autores mencionados pode-se destacar TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER e JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA, que na obra *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*<sup>97</sup> elencam várias hipóteses de relativização do instituto, base do presente trabalho, adiante explanadas.

Segundo TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER e JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA, a coisa julgada, como todos os atos oriundos do Estado, se formará se presentes os pressupostos legalmente estabelecidos, caso contrário, ou a decisão não ficará acobertada pela coisa julgada, ou, apesar de suscetível de ser atingida pela coisa julgada, poderá ser revista pelo próprio Estado, desde que presentes motivos preestabelecidos na norma jurídica.<sup>98</sup>

Os supracitados doutrinadores defendem a relativização da coisa julgada no processo civil, elencando, entre outras, as seguintes hipóteses: 1) sentenças que não transitam em julgado, quais sejam, as sentenças inexistentes; as sentenças que violem a Constituição Federal; e as proferidas em ação de investigação de paternidade; 2) decisões que, por sua natureza, não transitam em julgado; 3) interpretação mais abrangente da ação rescisória.

A seguir, serão abordadas as hipóteses acima referidas, bem como os argumentos favoráveis e contrários à relativização da coisa julgada.

---

ocidentais, optou pelo segundo (justo possível), que é consubstanciado na segurança jurídica da coisa julgada material”. (NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal. 8. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 39).

<sup>97</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

<sup>98</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. op. cit., p.25.

A *contrario sensu*, já afirmava Pontes de Miranda: “o que se decidiu e chegou a ser coisa julgada impõe-se ao futuro, pela firmeza, estabilidade (necessária à ordem extrínseca), que se fazem indispensáveis para se pôr termo à vacilação, à dúvida, ou ao distúrbio, oriundos da instabilidade quanto à verdade intrínseca. (...) O que ficou sacrificado pela apreciação errada dos fatos, ou pela má aplicação da lei, permanece, com o único corretivo, excepcionalíssimo, da ação rescisória, tendente a dar válvula ao amontoamento de aplicações de leis que não incidiram, ou de casos graves quanto ao órgão do Estado, que entregou a prestação jurisdicional, ou de ofensas exatamente à coisa julgada.

(...)Se houve sentença e a coisa julgada material se operou, a despeito da *injustiça* da sentença (dois planos, o do direito material e o do direito processual, o que, com a discordância entre a aplicação e a incidência da lei, provoca a antinomia), não há pensar-se em que se tenha exaurido a ação porém não a pretensão: o julgado pode ter atingido a pretensão ou, o que é mais comum, pretensão e direito (se explicitamente só se referiu à ação, não há a questão). A decisão *contra legem* é coberta pela coisa julgada formal e material. Mau e duro, mas assim tinha de ser para se cortar a antinomia 'incidência, aplicação injusta'”<sup>99</sup>.

### 3.1 HIPÓTESES DE RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA ELENCADAS PELA DOUTRINA

TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER e JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA, na obra acima mencionada, sustentam que há sentenças que não podem transitar em julgado, na medida em que violem a Constituição Federal ou contenham vício que impossibilite a sua existência.

Ainda, indicam os autores que há outros dois caminhos para que não se permita a estabilização de situações indesejáveis. No primeiro caminho abordam o tema das sentenças inexistentes e das decisões que não fazem coisa julgada em razão de não se embasarem em grau de cognição suficiente para tal (como as decisões proferidas em processo cautelar, monitório e executivo). Já no segundo tratam os juristas da interpretação menos restritiva das hipóteses de cabimento da ação rescisória.

#### **3.1.1 sentenças que não transitam em julgado**

Segundo TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER E JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA, há certos tipos de sentença que jamais transitam em julgado, quais sejam, as sentenças inexistentes, as que ofendem a Constituição Federal e as baseadas em norma posteriormente declarada inconstitucional.

##### *3.1.1.1 sentenças inexistentes*

Segundo EDUARDO TALAMINI, pode-se entender por ‘sentença inexistente’: ‘(i) o ‘ato’ (com aparência de sentença) que não se reveste do núcleo essencial do conceito de sentença ou, ainda, (ii) o ‘ato’ praticado em ‘procedimento’ aos quais faltam os atributos mínimos para que possa ser conceituado como processo’. Explica, o autor, que pode ocorrer o fenômeno da inexistência tanto dentro de um processo existente, quando faltar ao arremedo de sentença elemento mínimo para

---

que seja conceituado como tal, quanto quando faltar pressuposto de existência do processo<sup>99</sup>.

Sobre a inexistência como causa de impedimento da formação da coisa julgada, explica HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, nos seguintes termos:

Há, contudo, vícios maiores, vícios essenciais, vícios radicais, que sobrevivem à coisa julgada e afetam a sua própria existência. Neste caso, a sentença, embora se tenha tornado formalmente definitiva, é coisa vã, mera aparência e carece de efeitos no mundo jurídico (...)<sup>100</sup>.

Conforme salienta o autor, a doutrina não é unânime quanto ao enquadramento nas hipóteses de inexistência e de nulidade:

No traçar as linhas divisórias da inexistência e da nulidade, em matéria de sentenças, os autores não chegam às indicações precisas e uniformes, sendo comum o mesmo vício ser invocado ora como exemplo de nulidade, ora de inexistência, e até mesmo se chega a usar indistintamente as expressões nulidade e inexistência como se equivalentes fossem<sup>101</sup>.

Assim, TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER e JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA defendem uma concepção ampliativa de sentenças inexistentes, incluindo, entre as quais: a sentença de mérito proferida quando ausentes as condições da ação; a sentença ofensiva à coisa julgada e a sentença baseada em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo STF. Essas últimas hipóteses, em última análise, segundo os autores, têm como fundamento da inexistência também a ausência de condição de ação (falta interesse de agir quando já existente a coisa julgada, bem como há impossibilidade jurídica quando a sentença aplicasse norma inconstitucional). Porém, para melhor compreensão, serão analisadas em separado.

<sup>99</sup> TALAMINI, Eduardo. Op. cit. p. 309.

O processualista cita como exemplo de sentença inexistente: a sentença sem *decisum*, quando esta além de não conter uma conclusão decisória formal, também não contenha qualquer comando do texto dedicado à motivação, ou seja, quando o texto de fundamento for incerto, incoerente, desconexo ou quando não tiver fundamentação alguma. (p.310); a sentença decorrente da falta de órgão investido de jurisdição (pressuposto processual de existência do processo); a sentença desenvolvida perante juízo ou tribunal de exceção; a sentença arbitral, quando faltar ao árbitro a investidura equivalente jurisdicional em relação à matéria em questão; a sentença sem assinatura que não tenha sua origem comprovada; a sentença *extra* ou *ultra petita*, quando além de violar o princípio da congruência, pronunciar-se acerca de pretensão completamente alheia a todo debate e instrução desenvolvido entre as partes. Em síntese, esclarece que apenas nos estritos limites dos três vetores – a saber, juiz, partes e decisão –, é que os defeitos podem acarretar inexistência jurídica. (p.310-361)

<sup>100</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Nulidade, Inexistência e Rescindibilidade da Sentença*. In: **Sentença: Direito processual ao vivo**. Rio de Janeiro: Aide, 1991. p. 38.

<sup>101</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Ibidem*. p. 41.

WAMBIER e MEDINA tratam primeiramente das hipóteses de sentença inexistente em razão de ser proferida apesar de ausente algum pressuposto de existência do processo. Citam como exemplos de sentenças inexistentes a sentença *ultra petita* (não pesa a coisa julgada sobre o pedido que não foi feito) e a sentença *non iudice* (ausência do pressuposto processual de existência, qual seja, jurisdição). Especificamente com relação à sentença *ultrapetita*, sustentam os autores que em caso de uma decisão sobre três pedidos quando só havia dois, tem-se duas sentenças sem vício e uma juridicamente inexistente<sup>102</sup>.

Segundo esse entendimento, a sentença proferida nessas condições é inexistente por contaminação, e, portanto, não transita em julgado, não havendo que se falar em cabimento de ação rescisória, vez que ausente um dos pressupostos de cabimento desta, descritos no art. 485 do CPC (sentença de mérito transitada em julgado)<sup>103</sup>. Para os autores, trata-se de caso de cabimento de ação declaratória de nulidade.

O entendimento de PONTES DE MIRANDA também é no sentido da impossibilidade de cabimento da ação rescisória nesses casos. Nas palavras do doutrinador: “se a sentença é inexistente, não é sentença: não cabe rescindir, seria cindir o nada”<sup>104</sup>.

Na opinião de EDUARDO TALAMINI, deve ser aplicado o princípio da fungibilidade para o fim de aproveitamento da ação rescisória em casos de sentença inexistente em que só ao final do processo se constatou que essa era via inadequada<sup>105</sup>.

Portanto, há muita controvérsia na doutrina a respeito do cabimento ou não de ação rescisória nesses casos. Também na jurisprudência não há consenso sobre o assunto, havendo decisões que excluem o cabimento de ação rescisória, decisões

<sup>102</sup> Quanto ao pedido não feito e decidido ou pedido feito e não decidido, sustentam os autores que este problema se resolve pela teoria do ato processual inexistente. Isso porque, para os autores, “a cada pedido, que poderia ter sido autonomamente formulado, corresponde uma ação e a cada ação, um processo”<sup>□</sup>. Para eles, “tendo-se feito dois ou mais pedidos, tantas sentenças (materialmente consideradas) haverá quantos forem os pedidos feitos”. Dessa forma, exemplificam os autores: “Assim, e sempre enxergando estruturalmente o processo, se o autor formula os pedidos X e Y e o juiz decide X, Y e Z, quanto a Z o que se terá é uma sentença inexistente, que, pois, não transita em julgado, já que não corresponde a pedido algum”. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; José Miguel Garcia Medina. Idem, p. 83-85).

<sup>103</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA José Miguel Garcia. Op. cit. p. 85.

<sup>104</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado da ação rescisória**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2003, p. 210.

<sup>105</sup> TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p.366.



que a admitem, embora lhe afirmem a impropriedade, e decisões que admitem indistintamente a ação rescisória e a ação comum declaratória<sup>106</sup>.

Mais adiante, WAMBIER e MEDINA tratam da inexistência da sentença de mérito proferida sem que tenham sido preenchidas as condições da ação. Nesse caso, segundo os autores, não estaria exercido o direito de ação, mas o direito de petição, entendido como o “meio ou veículo revelador do direito de ação, já agora situado no plano processual. Nas palavras dos autores, “a sentença que, equivocadamente, julga o 'mérito' quando, a rigor, encontram-se ausentes as condições da ação, é um arremedo de sentença, pois a questão submetida ao juiz sequer poderia ter sido apreciada”.<sup>107</sup>

EDUARDO TALAMINI discorda dessa posição, argumentando que ao formular um pedido perante o órgão jurisdicional, o autor sempre estará exercendo um direito de acesso à Justiça, tenha ou não razão quanto ao mérito, estejam ou não presentes as condições da ação ou os pressupostos processuais<sup>108</sup>. Segundo o autor, a sentença proferida quando ausente condição da ação contém uma invalidade, mas existe, já que estão presentes os elementos essenciais para sua configuração, quais sejam, o juiz, as partes e o *decisum*<sup>109</sup>.

WAMBIER e MEDINA consideram inexistente também a sentença que adota solução juridicamente impossível ao acolher pretensão do autor, sob o argumento de que a falta de condição da ação implicaria inexistência da sentença, ao passo que a sentença que veicula solução juridicamente impossível ao rejeitar o pedido do autor seria apenas nula.

<sup>106</sup>

Ação de nulidade. Alegação de negativa de vigência dos artigos 485, 467, 468, 471 e 474 do C.P.C. para a hipótese prevista no artigo 741, I, do atual Código de Processo Civil – que é a de falta ou nulidade de citação, havendo revelia –, persiste, no direito positivo brasileiro, a ‘querela nullitatis’, o que implica dizer que a nulidade da sentença, nesse caso, pode ser declarada em ação declaratória de nulidade, independentemente do prazo para a propositura da ação rescisória, que, em rigor, não é a cabível. Recurso extraordinário não conhecido. (STF, RE 96374/GO, rel. Min. Moreira Alves, j. 30.08.1983, DJ 11.11.1983).

Querela Nullitatis. A falta de citação impede a formação da coisa julgada, que se caracterizará como mero simulacro dela, sendo adequado qualquer processo para constatar e declarar aquela situação de inexistência do processo. Alegada falta de integração no processo de litisconsorte necessário. A demanda obrigatoriamente conjunta só se dá quando se pretende desconstituir ato jurídico praticado por mais de uma pessoa ou por imposição de lei. Ação anterior, de natureza possessória, em que a lei não obriga a formação do litisconsórcio e, obviamente, sem natureza desconstitutiva. Inexistência de litisconsórcio necessário e vício de citação. Recurso desprovido. (TJRJ, 18ª Câmara Cível, Processo n.º 2003.001.24907, rel. Des. Carlos Eduardo Passos, j. 13/04/2004).

<sup>107</sup>

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. op. cit., p.32.

<sup>108</sup>

TALAMINI, Eduardo. Ibidem. p.380.

<sup>109</sup>

TALAMINI, Eduardo. Idem.

EDUARDO TALAMINI, a *contrario sensu*, argumenta que a possibilidade jurídica do pedido deve ficar restrita aos casos em que o instrumento processual adotado pelo autor é direta ou indiretamente proibido pelo ordenamento jurídico, ou seja, restrita a um aspecto processual, ainda que para aferir a sua presença seja necessário o exame da relação material subjacente. Já a existência de impedimentos normativos à própria obtenção do bem da vida perseguido não significa ausência de condição da ação impeditiva da análise do mérito, mas em fundamento para, no exame do mérito, julgar-se improcedente o pedido<sup>110</sup>.

Conforme se verifica dos argumentos acima expostos, a divergência doutrinária é grande no que concerne às sentenças proferidas quando ausentes os pressupostos processuais de existência do processo ou as condições da ação. No primeiro caso, há quem entenda que não é cabível a ação rescisória, mas somente a ação declaratória de nulidade; e há entendimento de que, pelo princípio da fungibilidade, é cabível a ação rescisória. Já no segundo caso, entende parte da doutrina que a sentença proferida restando ausente alguma condição é inexistente, ao passo que outro segmento doutrinário defende que se trata de invalidade, e não de inexistência.

### 3.1.1.2 coisa julgada inconstitucional

A questão da coisa julgada inconstitucional surgiu na doutrina brasileira a partir da teoria do publicista português Paulo Otero, a qual defende que a coisa julgada não seria, em si mesma e na íntegra, protegida pela Constituição (portuguesa), e que propõe a definição prévia, abstrata e objetiva dos tipos de sentença e seus efeitos que deveriam ser mantidos ou suprimidos quando o pronunciamento fosse inconstitucional<sup>111</sup>.

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR e JULIANA CORDEIRO DE FARIA, em artigo sobre o tema, no qual se reportam aos ensinamentos de Otero, sustentam que a sentença não é imune ao controle de constitucionalidade, vez que a coisa julgada não pode suplantar a lei, bem como argumentam que a intangibilidade no sistema

---

<sup>110</sup>

TALAMINI, Eduardo. Ibidem. p.382-383.

<sup>111</sup>

OTERO, Paulo apud TALAMINI, Eduardo. Ibidem. p.384-385.

jurídico brasileiro não tem sede constitucional, mas provém de norma contida no CPC<sup>112</sup>.

No mesmo sentido, defendem TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER e JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA que as sentenças que acolhem pedidos inconstitucionais não transitam em julgado, vez que “foram proferidas em processos instaurados por mero exercício do direito de petição e não do direito de ação já que não havia possibilidade jurídica do pedido”<sup>113</sup>.

No entanto, há grande parte da doutrina contrária a esse entendimento, como poderá ser constatado nos itens seguintes.

### 3.1.1.2.1 inconstitucionalidade superveniente

Segundo TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER e JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA, em caso de inconstitucionalidade superveniente seria desnecessária a propositura de ação rescisória, pois a decisão que seria objeto de impugnação consistiria em sentença juridicamente inexistente, vez que baseada em “lei que não é lei ('lei inexistente)’”<sup>114</sup>. Dessa forma, argumentam os autores:

(...) em nosso entender, a parte interessada deveria, sem necessidade de se submeter ao prazo do art.495 do CPC, intentar **ação de natureza declaratória**, com o único objetivo de gerar maior grau de segurança jurídica a sua situação. O interesse de agir, em casos como esse, nasceria, não da necessidade, mas da utilidade da obtenção de uma decisão nesse sentido, que tornaria indiscutível o assunto, sobre o qual passaria a pesar autoridade de coisa julgada.(grifou-se)

Segundo esse entendimento, a norma declarada inconstitucional por Ação Declaratória de Inconstitucionalidade não pode ser qualificada como nula ou anulável, mas se deve considerar como se ela jamais tivesse existido<sup>115</sup>. Sustentam, os referidos juristas, que a norma jurídica posteriormente tida como inconstitucional se trata de *norma juridicamente inexistente* (o grifo é nosso), ou seja, é apenas um

<sup>112</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. “A coisa julgada inconstitucional e seus instrumentos de controle”. RT, v.795. p.26-30.

<sup>113</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Op. cit. p. 39.

<sup>114</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Ibidem. p. 43.

<sup>115</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA José Miguel Garcia. Ibidem. p. 46.

fato jurídico, “cujos efeitos às vezes devem ser mantidos em nome de outras normas jurídicas (normas-princípios) e, hoje, além dos princípios, tem-se o apoio expresso e explícito do art.27 da lei 9.868/99”<sup>116</sup>.

Ainda, argumentam os juristas que, com relação à lei que está sendo objeto de Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, ainda que seja revogada, no curso da ação, esta ação não perde o objeto, em função da regra no sentido de que são *extinctio* os efeitos da decisão em ADIn. Isso porque, em regra, serão corrigidas as situações anteriores à revogação; e, ainda, a ação pode ser julgada improcedente<sup>117</sup>. Sobre essa questão, explicitam os autores:

A revogação é fenômeno diferente e não produz, por óbvio, efeitos retroativos. Logo, revogada a lei, subsiste o interesse nos resultados da ação, que não fica 'prejudicada'. Nesta linha de raciocínio, *data venia*, sofismática a argumentação de que os efeitos relativos às situações criadas pela lei não são objeto da ação direta de inconstitucionalidade (RTJ 14/401). São-no, indiretamente, só pela qualificação de retroativos que têm os efeitos de tal declaração<sup>118</sup>.

Portanto, para WAMBIER e MEDINA, se o controle da constitucionalidade superveniente se faz através de controle difuso (*incidenter tantum*), em que cabe ao juiz dizer que a norma perdeu a validade por se tornar inconstitucional, deve caber ação rescisória ou, preferencialmente, ação declaratória de inexistência<sup>119</sup>.

No mesmo sentido é a opinião de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR e JULIANA CORDEIRO DE FARIA, segundo os quais o Poder Judiciário é o “defensor máximo dos direitos e garantias assegurados no ordenamento jurídico e, por conseguinte na própria Constituição”. Defendem os autores que não pode haver coisa julgada quando ela for contrária à Constituição, nos seguintes termos:

A coisa julgada não pode suplantar a lei, em tema de inconstitucionalidade, sob pena de transformá-la em um instituto mais elevado e importante que a lei e a própria CF. Se a lei não é imune, qualquer que seja o tempo decorrido desde a sua entrada em vigor, aos efeitos negativos da inconstitucionalidade, por que o seria a coisa julgada?(...)<sup>120</sup>

<sup>116</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA José Miguel Garcia. Ibidem. p. 47-48.

<sup>117</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA José Miguel Garcia. Ibidem, p. 51-52.

<sup>118</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA José Miguel Garcia. Idem.

<sup>119</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA José Miguel Garcia. Ibidem. p. 53.

<sup>120</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. Op. cit. p. 26-30.

Já LUIZ GUILHERME MARINONI, em sentido contrário, sustenta a impossibilidade de nulificar a sentença transitada em julgado que se fundou em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo STF, *in verbis*:

No sistema em que todo e qualquer juiz tem o dever-poder de controlar a inconstitucionalidade da lei, nulificar a sentença transitada em julgado que se fundou em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal significa retirar do juiz ordinário o próprio poder de realizar o controle difuso de constitucionalidade<sup>121</sup>.

Na opinião do autor, a tese da retroatividade da decisão de inconstitucionalidade sobre a coisa julgada é incompatível com o sistema difuso de controle da constitucionalidade<sup>122</sup>.

De acordo com o jurista, no sistema que admite o controle difuso não se pode admitir a vinculação dos juízes e tribunais para impedir a execução das suas sentenças, as quais já produziram coisa julgada material. Para ele, neste caso o juiz da execução deve obedecer à coisa julgada que se formou quando a decisão de inconstitucionalidade ainda não havia sido proferida, “pois não há como conceber uma vinculação capaz de apagar os efeitos de uma decisão legitimamente tomada no exercício do controle difuso”<sup>123</sup>.

Ademais, segundo o doutrinador, “se o juiz ou o tribunal, diante do caso concreto, não obedece à decisão de inconstitucionalidade, cabe “reclamação” ao Supremo Tribunal Federal, nos termos do art.102, I, da Constituição Federal, enquanto o processo em que foi proferida a decisão que não atendeu ao pronunciamento do Supremo não for extinto”<sup>124</sup>.

No mesmo sentido, prelecionam NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY:

Tem sido corrente a afirmação de que se deve relativizar (*rectius*: desconsiderar) a coisa julgada inconstitucional. Não haveria prazo previamente estabelecido nem outros critérios, de sorte que a qualquer momento se poderia deixar de aplicar decisão de mérito transitada em julgado que fosse apontada como inconstitucional. Fala-se, também, em “controle de constitucionalidade” das decisões judiciais, porque o Poder Judiciário não é imune ao referido controle de constitucionalidade. **Não existe fundamento no ordenamento jurídico brasileiro para essa tese temerária.** São três os momentos em que se pode impugnar atos

<sup>121</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Op.cit. p.21-22.

<sup>122</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Idem.

<sup>123</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Ibidem. p.22-24.

<sup>124</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Ibidem. p.21-22.

jurisdicionais proferidos contra a CF: a) a sentença pode ser impugnada por apelação (CPC 513); b) o acórdão pode ser impugnado por recurso extraordinário (CF 102, III, a); c) **a sentença ou acórdão de mérito, transitados em julgado, que tiverem sido proferidos contra a CF, são impugnáveis por ação rescisória, com fundamento no CPC 485 V.** essas são as três formas de controle “jurisdicional” da constitucionalidade dos pronunciamentos judiciais, pelo próprio Poder Judiciário. **Não é verdade a afirmação de que não existe controle de constitucionalidade de atos judiciais. Existe, mas deve ser exercido dentro do devido processo legal.** Criar-se impugnabilidade perpétua de sentença ou acórdão apontados de inconstitucionais, como se isto fosse uma espécie de *querela nullitatis insanabilis*, figura vetusta e banida dos ordenamentos jurídicos dos povos cultos, é arbitrário e ofensivo ao Estado Democrático de Direito (CF 1º, *caput*) e à garantia constitucional do devido processo legal (CF 5º, *caput* e LIV)<sup>125</sup>. (grifou-se)

Quanto à eficácia *ex tunc* da decisão de inconstitucionalidade proferida pelo STF, ressalta MARINONI:

(...) é conveniente advertir que a eficácia retroativa da decisão de inconstitucionalidade **não diz respeito ao controle da constitucionalidade das decisões judiciais, mas apenas e tão-somente ao controle da constitucionalidade das leis.** Embora isto em princípio seja evidente, a tese da retroatividade da decisão de inconstitucionalidade sobre a coisa julgada muitas vezes esquece que nesta hipótese se está diante do controle da constitucionalidade da lei, e não de um meio de controle de constitucionalidade das decisões judiciais<sup>126</sup>. (grifou-se)

Continua o autor, afirmando que a decisão judicial é o resultado da interpretação de um juiz que possui o dever de controlar a constitucionalidade no caso concreto, e, portanto, não pode ser pensada como uma decisão que se limita a aplicar uma lei posteriormente declarada inconstitucional<sup>127</sup>. Nas palavras do jurista:

(...) a declaração de inconstitucionalidade, proferida na ação direta dirigida ao Supremo Tribunal Federal, é o resultado de uma ação voltada ao

<sup>125</sup> NERY Junior, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 10ª ed. ver., ampl. e atual. p. 780.

<sup>126</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit. p.25.

<sup>127</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Ibidem p.31.

Nesse sentido, preconiza o autor: “exatamente porque a decisão judicial não se confunde com a lei, a declaração de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal não tem o efeito de invalidar a decisão do juiz ordinário. Isto seria a invalidação de uma decisão transitada em julgada por outra, ou melhor, a invalidação da interpretação judicial revestida pela coisa julgada pela ulterior interpretação do Supremo. A decisão de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, caso pudesse retroagir sobre uma decisão transitada em julgada, teria a natureza de *ius superveniens*. Portanto, em um discurso escorreito, não se deveria falar em retroatividade da declaração de nulidade (inconstitucionalidade) da lei sobre a coisa julgada, mas sim em retroatividade do juízo de constitucionalidade do Supremo Tribunal sobre a decisão transitada em julgada. Acontece que isso é visivelmente inconcebível, pois não há como admitir a retroatividade do *ius superveniens* sobre a coisa julgada”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional: a retroatividade da decisão de (in)constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada: a questão da relativização da coisa julgada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.81-82).

controle da constitucionalidade da lei, e, assim, não pode nulificar as decisões que versaram explicitamente sobre a constitucionalidade da lei ou simplesmente a aplicaram, uma vez que a decisão no caso concreto, por ser o reflexo do dever-poder judicial de controle difuso da constitucionalidade, é legítima em si, independentemente da sua substância, exceto quando aplica lei flagrantemente inconstitucional (caso em que cabe ação rescisória) ou aplica lei ou adota interpretação já declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal<sup>128</sup>.

Todavia, CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA defende posicionamento contrário, nos seguintes termos:

Sentença (ou acórdão) é ato estatal. Logo, o ato judicial terminativo, ou não, da ação há que se ater aos fundamentos e aos limites constitucionalmente definidos. A obrigação judicial de ater-se aos comandos constitucionais não pode ser excepcionada sob qualquer argumento, incluído o tão comumente apresentado como é o da soberania dos atos do juiz, menos, ainda por um pensar judicante que depois se demonstra não ser coerente, compatível, adequado constitucionalmente<sup>129</sup>.

No entanto, conforme ressalta MARINONI, a imodificabilidade da coisa julgada é uma característica própria desse instituto, imprescindível à afirmação do Poder Judiciário e do Estado Constitucional, de modo que não é possível concluir que tenha sido pensada para decisões em conformidade com o direito (aí compreendidas as normas infraconstitucionais e as normas constitucionais)<sup>130</sup>.

Sustenta, o doutrinador, que não se pode conceber uma coisa julgada subordinada a uma “não-decisão de inconstitucionalidade”, vez que não há como pensar em uma decisão provisoriamente estável<sup>131</sup>. Nesse sentido, esclarece:

<sup>128</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Ibidem. p.39.

<sup>129</sup> ROCHA, Cármem Lúcia Antunes (Org.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. rev. e ampl., Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 169.

<sup>130</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit. p.34.

<sup>131</sup> Segundo o doutrinador, “caso isto fosse possível, o controle difuso de constitucionalidade certamente seria uma ilusão, para não dizer uma excrescência, pois a decisão tomada no caso concreto ou estaria de acordo com a decisão tomada pelo Supremo Tribunal, e assim teria validade, ou não estaria, e portanto seria nula. A qualidade e a efetividade do sistema difuso estariam na capacidade de o juiz ordinário 'adivinhar' a interpretação futura do Supremo Tribunal Federal” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional: a retroatividade da decisão de (in)constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada: a questão da relativização da coisa julgada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.39).

Nesse sentido, continua esclarecendo: “a decisão que aplica lei posteriormente declarada inconstitucional não contrasta com a Constituição. Fosse assim, toda e qualquer decisão tomada por juiz ou tribunal em controle difuso da constitucionalidade inevitavelmente poderia, um dia, contrastar com a Constituição, deixando sem qualquer explicação o trabalho da jurisdição e a expectativa de confiança legítima gerada aos vencedores das demandas encerradas” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional: a retroatividade da decisão de (in)constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada: a questão da relativização da coisa julgada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.83-84).

(...) a mesma razão que impede o desfazimento da coisa julgada pelo próprio Poder Judiciário, impede a destruição do controle difuso pelo controle ulterior do Supremo Tribunal Federal. A definitividade e a estabilidade da decisão judicial são elementos indispensáveis à afirmação da autoridade do Estado. Não há como dar a um juiz o poder de interpretar uma lei, proferindo decisão que produz efeitos jurídicos sobre os litigantes, e admitir que uma outra decisão, vinda posteriormente do próprio Poder Judiciário, possa inutilizá-la<sup>132</sup>.

Tal posicionamento também é defendido por NELSON NERY JUNIOR, segundo o qual a teoria da relativização da coisa julgada material é incompatível com um Estado Democrático e “serve como uma luva para ser aplicada por regimes totalitários, como ocorreu na Alemanha, durante a ditadura de Adolf Hitler”<sup>133</sup>.

Explica, MARINONI, que a decisão judicial não está isenta de controle da sua constitucionalidade. Isso porque esse controle pode ser efetuado através de ação rescisória (art.485, V, CPC) – nos casos de aplicação de lei flagrantemente inconstitucional e de adoção de lei ou interpretação que já foram declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal -, bem como por meio de impugnação (art.475-L, §1º, CPC) e de embargos à execução (art.741, parágrafo único, CPC) - quando a sentença se fundou em lei ou em interpretação que, no momento em que foi proferida, já tinha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal<sup>134</sup>.

Para o autor, admitir a retroatividade da decisão de inconstitucionalidade sobre a coisa julgada significa, além de uma contradição do poder jurisdicional de controle difuso da constitucionalidade, negar a própria essência do discurso jurídico, que existe apenas enquanto capaz de produzir uma decisão definitiva<sup>135</sup>.

Dessa forma, conclui MARINONI que toda decisão judicial goza do atributo da segurança jurídica, de modo que, se o juiz e os tribunais têm o poder de efetuar o controle da constitucionalidade, ao se admitir a retroatividade da decisão de inconstitucionalidade estar-se-ia retirando as decisões judiciais do âmbito de proteção do princípio da segurança jurídica<sup>136</sup>. Ainda, arremata sustentando que quando se admite a declaração de inconstitucionalidade de lei como fundamento da

<sup>132</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Ibidem. p.61-62.

<sup>133</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 47.

<sup>134</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit. p.41.

<sup>135</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Ibidem. p. 57.

<sup>136</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Ibidem. p. 85.



ação rescisória, está-se violando a essência da coisa julgada material<sup>137</sup>.

Portanto, como se pode verificar dos posicionamentos acima expostos, a corrente que defende a relativização da coisa julgada em caso de inconstitucionalidade superveniente utiliza o argumento de que a decisão proferida com base em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal é nula ou inexistente, de modo que se pode atacá-la por ação declaratória de nulidade ou ação declaratória de inexistência. Por outro lado, a corrente que recusa a relativização da coisa julgada fundamenta-se na característica de imutabilidade da coisa julgada, a qual é imprescindível à afirmação do Poder Judiciário e do Estado de Direito, bem como no próprio sistema de controle difuso de constitucionalidade, em que o juiz tem o dever de controlar a constitucionalidade no caso concreto, possuindo tal decisão legitimidade independente de seu conteúdo, podendo ser impugnada através de ação rescisória<sup>138</sup>, de impugnação ao cumprimento de sentença e de embargos à execução quando a lei aplicada ou a interpretação adotada for flagrantemente inconstitucional.

A seguir, será abordada a questão da não aplicação de determinada norma ao caso concreto por ser incidentemente considerada inconstitucional.

### 3.1.1.2.2 sentença baseada na não-incidência de determinada norma, porque considerada inconstitucional *incidenter tantum*

Conforme esclarece LUIZ GUILHERME MARINONI a questão de

<sup>137</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Ibidem. p. 71.

<sup>138</sup> Sobre o cabimento de ação rescisória em caso de declaração de (in)constitucionalidade de lei, estabelece o seguinte julgado:

PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO RESCISÓRIA - INTERPRETAÇÃO DE TEXTO CONSTITUCIONAL - CABIMENTO - VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI (CPC, ART. 485, V) - FINSOCIAL - MAJORAÇÃO DE ALÍQUOTAS - LEIS 7.689/88, ART 9º, 7787/89, 7894/89 E 8147/90 - INCONSTITUCIONALIDADE (RE 150764/PE) PRECEDENTES.- O entendimento desta Corte, quanto ao cabimento da ação rescisória nas hipóteses de declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei é no sentido de que "a conformidade, ou não, da lei com a Constituição é um juízo sobre a validade da lei; uma decisão contra a lei ou que lhe negue a vigência supõe lei válida. A lei pode ter uma ou mais interpretações, mas ela não pode ser válida ou inválida, dependendo de quem seja o encarregado de aplicá-la. Por isso, se a lei é conforme à Constituição e o acórdão deixa de aplicá-la à guisa de inconstitucionalidade, o julgado se sujeita à ação rescisória ainda que na época os tribunais divergissem a respeito. Do mesmo modo, se o acórdão aplica lei que o Supremo Tribunal Federal, mais tarde, declare inconstitucional" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 128.239/RS, julgado em 06 de novembro de 1997. Ministro Peçanha Martins (relator), Disponível em <http://www.stj.gov.br> e DJ: 11.12.2000, p. 185).

constitucionalidade é uma questão prejudicial, vez que a sua solução, por influir sobre o julgamento do mérito, deve ser definida previamente como um pressuposto lógico ao julgamento do pedido<sup>139</sup>.

No caso de sentença baseada na não-incidência de determinada norma, porque considerada inconstitucional *incidenter tantum*, defendem TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER e JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA que se pode optar pelo cabimento de ação rescisória ou declaratória de inexistência.

Já MARINONI sustenta que neste caso cabem os mesmos fundamentos quanto ao descabimento da retroatividade da decisão de inconstitucionalidade sobre a coisa julgada, ou seja, a decisão de constitucionalidade da norma não deve retroagir<sup>140</sup>.

No mesmo sentido, afirma BARBOSA MOREIRA que “não se concebe vínculo que obrigasse um órgão judicial a observar decisão ainda não proferida. O vínculo atua para o futuro, não para o passado”<sup>141</sup>.

Com relação aos embargos à execução com base na inconstitucionalidade da lei em que se baseia a sentença exequenda, argumentam WAMBIER e MEDINA:

O art. 741, parágrafo único, do CPC considera 'inexigível' o título judicial fundado em lei ou ato normativo tido como inconstitucional pelo STF ou em que se adotou interpretação de lei ou ato normativo não compatível com a Constituição Federal. Não se trata, segundo o que nos parece, de atribuir aos embargos à execução função 'rescindente', já que, rigorosamente, em casos assim, nada haverá a rescindir-se, pois que decisão que se baseia em 'lei que não era lei' (porque incompatível com a Constituição Federal) não terá transitado em julgado porque, em princípio, terá faltado à ação uma de suas condições: a possibilidade jurídica do pedido<sup>142</sup>.

MARINONI, no entanto, defende que dar ao executado o poder de alegar uma declaração de inconstitucionalidade posterior à formação da coisa julgada material consiste em violar o poder dos juízes e os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança, além de impor à administração da justiça o tempo, o trabalho e o custo dos processos individuais que por anos se desenvolveram para se chegar a uma sentença que, conforme o autor, “muito embora indiscutivelmente legítima, é

<sup>139</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Ibidem. p. 74.

<sup>140</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Ibidem. p. 89.

<sup>141</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa, *Inconstitucionalidade irregularmente declarada por via incidental. Coisa julgada. Ação rescisória não proposta. Irrelevância de julgamentos posteriores do Supremo Tribunal Federal, Direito aplicado II*, Rio de Janeiro: Forense, 2005. p.239.

<sup>142</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Op. cit. p. 73.

posteriormente 'riscada do mapa'"<sup>143</sup>.

Já no caso de execução provisória, afirma o autor que “não há pensar em coisa julgada ou em retroatividade da decisão de inconstitucionalidade sobre a coisa julgada, mas apenas no efeito vinculante dos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal em face dos demais órgãos do Poder Judiciário, operando-se a natural compatibilização vertical das decisões judiciais”<sup>144</sup>.

Sobre a crítica à relativização da coisa julgada nesses casos, com fundamento na segurança jurídica, afirmam TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER e JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA:

Veja-se, portanto, que optar pelo cabimento de ação rescisória ou declaratória de inexistência, em todos estes casos, não é *desprezar* o valor *segurança*! **Quem fica com a possibilidade de impugnar tais decisões opta não só pelo valor *justiça*, mas pelos valores *justiça e segurança***, num sentido um pouco diverso do tradicional. Segurança, com os olhos voltados para o futuro, segurança no sentido de *previsibilidade*. É só *parcialmente verdadeiro* dizer-se que quem opta pela imutabilidade ou pela impossibilidade de se impugnarem decisões baseadas em leis tidas (*incidenter tantum*, reiteradamente) por inconstitucionais estaria optando pelo valor segurança. Que segurança é essa? Segurança da subsistência do que já há, do que já existe, do que já é conhecido, ainda que não se trate *do melhor*? Segurança com os olhos voltados só para o passado? A segurança pela qual optamos, que não é a segurança por si mesma, mas a segurança de se ter conseguido o melhor, portanto segurança *com conteúdo*. Ao nos posicionarmos no sentido da impugnabilidade de tais decisões, optamos pela segurança ligada ao princípio da isonomia, à necessidade de uniformidade das decisões judiciais proferidas em face dos mesmos fatos e do mesmo texto legal, à segurança de que a decisão que prevalecerá será *a melhor*, e alcançará a todos quantos estejam na mesma situação<sup>145</sup>. (grifou-se)

No entanto, LUIZ GUILHERME MARINONI rebate esse argumento afirmando que a decisão, mesmo que fundada em lei posteriormente declarada inconstitucional, é manifestação legítima do Poder Judiciário<sup>146</sup>. Dessa forma, segundo o autor, é equivocado relacionar afirmação da constitucionalidade com relativização da coisa julgada, na medida em que a coisa julgada é, inegavelmente, uma afirmação da Constituição<sup>147</sup>.

No mesmo sentido, preconiza o saudoso OVÍDIO BAPTISTA: “Parece que não se deve condicionar a força da coisa julgada, a que ela não produza injustiça; ou

<sup>143</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit. p. 132.

<sup>144</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Ibidem. p. 135.

<sup>145</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Op. cit. p. 71-72.

<sup>146</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit. p. 112-113.

ainda, estabelecer como pressuposto para sua desconsideração, que essa injustiça seja 'grave' ou 'séria'".<sup>148</sup> Prossegue, o autor, afirmando que:

Ao adotarmos esse critério, nada mais restará do instituto. Afinal, que sentença não poderia ser acusada de "injusta"; e qual a injustiça que não poderia ser tida como "grave" ou "séria"? Como medir a gravidade de uma injustiça? Afinal a injustiça pode ser grave e por vezes pode ser que não seja tão grave?<sup>149</sup>

Como se pode notar, mais uma vez o debate concentra-se na consideração, por uma parte da doutrina, de que a sentença que deixou de aplicar determinada norma por considerá-la inconstitucional e que posteriormente foi declarada constitucional pelo STF é inexistente, cabendo ação declaratória de inexistência; e por outro segmento da doutrina, o qual refuta o argumento da justiça da decisão e considera que a constitucionalidade da norma não deve retroagir, sob pena de violar o poder dos juízes no controle difuso de constitucionalidade e de ofender a segurança jurídica.

### 3.1.1.3 sentenças proferidas em ação de investigação de paternidade

No que diz respeito às sentenças proferidas em ação de investigação de paternidade, entende parte da doutrina que estas não transitam, nem podem transitar em julgado.

Nesse sentido, merece destaque o seguinte julgado do STJ, em que foi relator o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira:

(...)não excluída expressamente a paternidade do investigado na primitiva ação de investigação de paternidade, diante da precariedade da prova e da ausência de indícios suficientes a caracterizar tanto a paternidade como a sua negativa, e considerando que, quando do ajuizamento da primeira ação, o exame pelo DNA ainda não era disponível nem havia notoriedade a seu respeito, admite-se o ajuizamento de ação investigatória, ainda que tenha sido aforada uma anterior com sentença julgando improcedente o pedido. (...)a coisa julgada, em se tratando de ações de estado, como no caso de investigação de paternidade, deve ser interpretada *modus in rebus*. Nas palavras de respeitável e avançada doutrina, quando estudiosos hoje se aprofundam no reestudo do instituto, na busca sobretudo da realização do processo justo, a 'coisa julgada existe como criação necessária à segurança

<sup>147</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Ibidem. p.114.

<sup>148</sup> BAPTISTA, Ovídio. Coisa Julgada Relativa? In DIDIER JR. F. (org.). Relativização da Coisa Julgada: Enfoque crítico. Salvador: JusPODIVM, 2004. p. 215.

<sup>149</sup> BAPTISTA, Ovídio. Idem.

prática das relações jurídicas e as dificuldades que se opõem à sua ruptura se explicam pela mesmíssima razão. Não se pode olvidar, todavia, que numa sociedade de homens livres, a Justiça tem de estar acima da segurança, porque sem Justiça não há liberdade<sup>150</sup>.

Por outro lado, há quem entenda que nesses casos não cabe revisão do julgado, sob pena de ofensa à segurança jurídica. Tal entendimento pode ser observado no seguinte voto do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, enquanto ministro do STJ:

I – Seria terrificante para o exercício da jurisdição que fosse abandonada a regra absoluta da coisa julgada que confere ao processo judicial força para garantir a convivência social, dirimindo os conflitos existentes. Se, fora dos casos nos quais a própria lei retira a força da coisa julgada, pudesse o Magistrado abrir as comportas dos feitos já julgados para rever as decisões não haveria como vencer o caos social que se instalaria. A regra do art. 468 do Código de Processo Civil é libertadora. Ela assegura que o exercício da jurisdição completa-se com o último julgado, que se torna inatingível, insuscetível de modificação. E a sabedoria do Código é revelada pelas amplas possibilidades recursais e, até mesmo, pela abertura da via rescisória naqueles casos precisos que estão elencados no art. 485. II – Assim, a existência de um exame pelo DNA posterior ao feito já julgado, com decisão transitada em julgado, reconhecendo a paternidade, não tem o condão de reabrir a questão com uma declaratória para negar a paternidade, sendo certo que o julgado está coberto pela certeza jurídica conferida pela coisa julgada<sup>151</sup>.

Dentre os doutrinadores que defendem a relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade destaca-se CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO<sup>152</sup>, para o qual, em conflito de interesses, estando, de um lado, a autoridade do trânsito em julgado, e de outro, direitos inerentes à natureza humana e protegidos constitucionalmente, a coisa julgada deva ser relativizada, caso contrário poder-se-ia estar privando alguém do pai ou dando por genitor quem na realidade não o é.

Esse posicionamento defende a extensão da aplicação da coisa julgada *secundum eventum probationis* também a esses casos, de modo que somente ocorria coisa julgada material diante do exaurimento de prova. Como consequência

<sup>150</sup> STJ, 4º T., RESP 226.436-PR, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j.28.06.2001, unânime, DJU 04.02.2002, p.370.

<sup>151</sup> STJ, Resp 107.248-GO, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU, 29 jun. 1998, p. 160

<sup>152</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. São Paulo: janeiro/dezembro, 2001, vol.55/56.

dessa concepção, as ações julgadas improcedentes por insuficiência de provas não fazem coisa julgada, tal qual ocorre nas ações coletivas.

No entanto, sustentam NELSON NERY JR.<sup>153</sup> e FREDIE DIDIER JR.<sup>154</sup> que não há legislação tratando desse caso, de modo que a coisa julgada *secundum eventum probationis* só pode ser admitida nos casos expressamente previstos em lei, não se aplicando ao caso em comento. Tal entendimento é bem explicado por HUMBERTO THEODORO JR., *in verbis*:

Acontece que este tipo de subtração da sentença à autoridade de coisa julgada, no todo ou em parte, somente pode provir da lei e não da vontade criativa do intérprete ou do juiz. E não há regra alguma, no direito positivo pátrio, que exclua a sentença da ação de investigação de paternidade do regime geral da *res iudicata*<sup>155</sup>.

Na opinião de FREDIE DIDIER JR., para a solução dessa questão há necessidade de alteração legislativa até mesmo acrescentando parágrafo no CPC ou na Lei de Investigação de Paternidade dispondo que em demandas de investigação de paternidade o exame genético é obrigatório<sup>156</sup>.

TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER e JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA, por sua vez, entendem que neste caso deveria ser dada uma interpretação mais abrangente do art.485, inciso VII do CPC (o qual dispõe que caberá ação rescisória quando após a sentença o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava ou do qual não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável), no sentido de que o laudo pericial de DNA deveria ser equiparado a documento novo, e o prazo para a ação rescisória deveria fluir a partir da ciência da parte quanto à técnica do exame em questão, e não do trânsito em julgado da sentença. Defendem, os autores, que a questão não pode ser resolvida pelo sacrifício de um dos valores ou princípios em favor do outro – ou seja, o direito ao reconhecimento da paternidade em contraposição à coisa julgada -, mas em um

<sup>153</sup> NERY JR., N. A Polêmica sobre a Relativização (Desconsideração) da coisa julgada e o estado democrático de Direito, *in* DIDIER JR. F. (org.). Relativização da Coisa Julgada: Enfoque crítico. Salvador: JusPODIVM, 2004. p. 187.

<sup>154</sup> DIDIER JR., Fredie Souza. *Cognição, construção de procedimentos e coisa julgada: os regimes de formação da coisa julgada no direito processual civil brasileiro*. In: Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n°. 10, janeiro, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 26 de agosto de 2009.

<sup>155</sup> THEODORO JR., Humberto. *Prova — Princípio da Verdade Real — Poderes do Juiz — Ônus da prova e sua Eventual Inversão — Provas Ilícitas — Prova e Coisa Julgada nas Ações relativas à Paternidade (DNA)*. Em: Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, 1999, n. 03, p. 20.

compromisso, de modo que se assegurem, com o máximo de otimização possível, os dois valores tutelados pela Constituição<sup>157</sup>.

LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART também refutam a utilização do princípio da proporcionalidade nesses casos, sob o argumento de que não é possível a ponderação entre um direito que deve ser protegido pela jurisdição e um atributo que visa a garantir a própria decisão jurisdicional. Para eles, a coisa julgada não pode ser colocada no mesmo plano do direito que constitui o objeto da decisão a qual adere, vez que ela é elemento integrante do conceito de decisão jurisdicional, enquanto o direito é apenas o seu objeto. Nas palavras dos doutrinadores:

Não há dúvida que os direitos podem, conforme o caso, ser contrapesados para fazer surgir a decisão jurisdicional adequada, mas a própria decisão não pode ser oposta a um direito, como se ao juiz pudesse ser conferido o poder de destruir a própria estabilidade do seu poder, a qual, antes de tudo, é uma garantia do cidadão<sup>158</sup>.

Prosseguem, os autores, afirmando que “a idéia de se dar ao juiz o poder de balancear um direito com a coisa julgada material elimina a essência da coisa julgada como princípio garantidor da segurança jurídica, passando a instituir um sistema aberto”<sup>159</sup>.

Portanto, no entendimento de MARINONI e ARENHART, os casos de ação rescisória não abrem margem para a desconstituição da coisa julgada em virtude da

<sup>156</sup> DIDIER JR., Fredie Souza. Idem.

<sup>157</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Op. cit. p. 197-198.

<sup>158</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; Sérgio Cruz Arenhart. *Curso de processo civil, volume 2: processo de conhecimento*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 683-684.

<sup>159</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. op. cit. p. 684.

Sobre o assunto, leciona Marinoni: “a teoria que pretende solucionar as questões do DNA e da supervalorização da indenização na desapropriação mediante a contraposição de normas constitucionais com a coisa julgada aponta para o que chama de 'superprincípio da proporcionalidade', vendo-o como mecanismo capaz de dar ao juiz o poder de escolher entre a norma constitucional que se alega violada e a coisa julgada”. Esclarece que “a proporcionalidade, nos casos antes mencionados, não poderia ser pensada como 'adequação' ou 'necessidade', mas apenas como proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, como regra que seria capaz de solucionar as situações de choque entre a manutenção da coisa julgada e a proteção de bem que torne indispensável a revisão do julgado”.

(...) a proporcionalidade em sentido estrito não é um princípio nem, muito menos, um superprincípio. É, isto sim, uma regra, que apenas pode ser usada em casos excepcionais, de colisão de direitos de igual hierarquia, cuja solução não pode se dar mediante outro método que não a ponderação no caso concreto. A regra da proporcionalidade em sentido estrito somente deve ser utilizada em situações extremas, em que não exista outra alternativa a não ser a ponderação de direitos”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional: a retroatividade da decisão de (in)constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada: a questão da relativização da coisa julgada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.183).

natureza especial de determinado direito, mas sim devido a motivos excepcionais capazes de macular a própria razão de ser da jurisdição<sup>160</sup>.

No entanto, no que diz respeito ao argumento de TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER e JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA segundo o qual o laudo pericial de DNA deveria ser equiparado ao documento novo do art.485, inc. VII do CPC, MARINONI e ARENHART argumentam que o caso da investigação de paternidade não se encaixa na hipótese do referido artigo, vez que o exame de DNA, na opinião dos autores, não é exatamente um documento. Todavia, nos casos em que a investigação de paternidade ocorreu na época em que ainda não existia o exame de DNA, afirmam que o laudo de DNA pode sim ser equiparado a um documento novo<sup>161</sup>. Porém, defendem que não se pode deixar que o vencido na ação de investigação de paternidade à época em que não existia exame de DNA possa rever a sentença a qualquer momento, sem que haja um prazo para tal, o que poderia eternizar a dúvida e dificultar a estabilização das relações<sup>162</sup>.

Já no entendimento de FREDIE DIDIER JR.<sup>163</sup> e HUMBERTO THEODORO JR.<sup>164</sup>, o exame de DNA posterior à coisa julgada não deve ser considerado novo, mas pode servir como meio para demonstrar que a sentença na ação de investigação de paternidade foi baseada em prova falsa, visto que, se a prova técnica posterior evidenciou que a verdade dos fatos era em sentido oposto à conclusão que chegou o prolator da sentença, restou claro o defeito do substrato probatório do julgamento.

Com relação à contagem do prazo para a ação rescisória no caso em comento, concorda MARINONI com WAMBIER e MEDINA, no sentido de que este não pode ser contado a partir do trânsito em julgado da decisão que se quer impugnar, mas da ciência da parte vencida sobre a existência do exame de DNA. Defende, o autor, que deve haver alteração do art. 485 do CPC para que seja

<sup>160</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Idem.

<sup>161</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Ibidem. p. 678-679.

<sup>162</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Ibidem p. 679-680.

<sup>163</sup> **DIDIER JR., FREDIE SOUZA. COGNIÇÃO**, construção de procedimentos e **COISA JULGADA**: os regimes de formação **DA COISA JULGADA** no direito processual civil brasileiro. 2002, site: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3202>.

<sup>164</sup> THEODORO JR., Humberto. *Prova — Princípio da Verdade Real — Poderes do Juiz — Ônus da prova e sua Eventual Inversão — Provas Ilícitas — Prova e Coisa Julgada nas Ações relativas à Paternidade (DNA)*. Em: Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, 1999, n. 03, p. 20.



evidenciada a possibilidade do uso da ação rescisória com base no laudo de DNA, assim como o seu prazo<sup>165</sup>.

O tema da coisa julgada na ação de investigação de paternidade, conforme podemos observar, gera inúmeras discussões tanto na doutrina quanto na jurisprudência, estando-se longe de um consenso acerca do assunto.

### 3.1.2 decisões que, por sua natureza, não transitam em julgado

É cediço que os procedimentos que ensejam decisões de mérito acerca da existência ou não do direito pleiteado, baseados em cognição exauriente, têm o condão de formar a coisa julgada material. Nesse sentido, entende-se que em regra é o procedimento comum, em que a cognição sempre será completa, que tem a referida aptidão, ao passo que procedimentos cujas decisões são fundadas em cognição sumária não dão azo à formação da coisa julgada. No entanto, conforme veremos adiante, essa divisão não é tão clara, havendo certas particularidades quanto às decisões que em princípio não transitam em julgado, as quais merecem ser analisadas.

#### 3.1.2.1 tutelas fundadas em cognição parcial, sumária e não definitiva

Conforme leciona ALCIDES A. MUNHOZ DA CUNHA, “o grau de estabilidade das decisões transitadas em julgado tem tudo a ver com o tipo de cognição em que foram formados os respectivos provimentos<sup>166</sup>. Esclarece, o autor, que a cognição historicamente está vinculada ao julgamento de mérito<sup>167</sup>.

A cognição pode ser classificada no plano horizontal e no plano vertical. No *plano horizontal*, é classificada em *cognição ampla e parcial*, e no *plano vertical* é classificada em *cognição exauriente e cognição sumária*<sup>168</sup>.

Sobre o assunto, preconiza ALCIDES A. MUNHOZ DA CUNHA, *in verbis*:

<sup>165</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Ibidem* p. 680.

<sup>166</sup> CUNHA, Alcides A. Munhoz da. *Op. cit.*, p. 362.

<sup>167</sup> CUNHA, Alcides A. Munhoz da. *Ibidem*, p. 363.

<sup>168</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de processo civil*. Campinas: Bookseller, 2002, p. 174-175.

Pelas técnicas de cognição horizontal é que se pode aferir a possível extensão do objeto litigioso cognoscível pelo juiz ou dos meios probatórios de que se pode valer.

A cognição será *ampla* (ou plena) quando a lei não impõe restrições ao conhecimento do objeto litigioso, relativamente ao *jus assertionis*, ao *jus defensionis* ou ao *jus probationis*. Se por ventura a lei impõe tais limitações, então a cognição será *parcial*.

Por outro lado, pelas técnicas da cognição vertical o ordenamento se propõe a predeterminar o grau de segurança jurídica que as técnicas processuais podem fornecer ao julgador para a emissão de juízos de mérito, que serão então revestidos de diferentes eficácias consoante o grau de certeza ou de verossimilhança na formulação dos juízos e, ainda, consoante o grau de maior ou menor estabilidade conferido aos provimentos.

A cognição será *exauriente* (completa ou ordinária) quando se realiza com perspectiva de amplo contraditório ou ampla defesa para a apreciação das alegações de fato e de direito das partes e, ainda para a aferição das provas, com vistas à certificação positiva ou negativa de direitos.

A cognição será *sumária* (incompleta, superficial) quando o ordenamento prevê técnicas para acelerar a formação de um provimento decisional e quiçá dos seus efeitos, ainda que sem as garantias do amplo contraditório, cujos provimentos, por falta de segurança jurídica, não podem receber a eficácia da certificação (...) <sup>169</sup>.

A autoridade da coisa julgada está relacionada ao plano vertical de cognição <sup>170</sup>, que diz respeito à profundidade do conhecimento alcançada pelo magistrado ao analisar o caso concreto.

Conforme explicam LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART, “para que possa ocorrer coisa julgada material, é necessário que a sentença seja capaz de declarar a existência ou não de um direito”. Dessa forma, segundo os autores, “se o juiz não tem condições de conhecer os fatos adequadamente (com cognição exauriente) para fazer incidir sobre estes uma norma jurídica, não é possível a imunização da decisão judicial, derivada da coisa julgada material” <sup>171</sup>.

<sup>169</sup> CUNHA, Alcides A. Munhoz da. Op. cit, p. 364.

<sup>170</sup> WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*, ed. Revista dos Tribunais, 1987. p. 83.

<sup>171</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 3ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 614.

Assim, como bem esclarece ALCIDES A. MUNHOZ DA CUNHA, as decisões fundadas em cognição parcial não produzem coisa julgada material, vez que, ante a subversão da ampla defesa, não são suscetíveis de verbalizar os efeitos declaratórios próprios da certificação de direitos<sup>172</sup>.

TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER e JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA, por outro lado, argumentam que o princípio de que as tutelas fundadas em cognição parcial, sumária e não definitiva não produzem coisa julgada, pode ser posto em xeque diante dos seguintes problemas, expostos pelos autores:

a) nos casos em que há cognição limitada, poderá ter havido declaração, mais ou menos aprofundada, acerca de determinada situação ou relação jurídica. Nestes casos é de se verificar se, excepcionalmente, a decisão ficaria acobertada pela autoridade da coisa julgada; b) embora realizados com base em cognição limitada e não definitiva, diversos julgamentos provocam alterações irreversíveis na esfera jurídica das partes<sup>173</sup>.

Quanto aos casos de cognição parcial, os autores sustentam que se for permitida a realização de cognição exauriente em relação aos temas que serão objeto de decisão, em princípio ocorrerá coisa julgada quanto a esses temas. Sustentam, os autores, que a resolução dos problemas relacionados às decisões fundadas em cognição parcial e exauriente tem por base a temática dos limites objetivos da coisa julgada<sup>174</sup>.

Na opinião de NELSON NERY JR., há formação de coisa julgada nos casos em que há admissão parcial da pretensão do demandante por parte do réu, com fulcro no artigo 273, II, e §6º do CPC. Nas palavras do doutrinador:

Havendo a admissão parcial da pretensão pelo réu, quando, por exemplo, o autor pede 200 e o réu admite a dívida mas diz que o valor é de 100, na verdade há parte da pretensão sobre a qual não houve controvérsia. Nada obsta que o autor peça o adiantamento da parte incontrovertida, sob a forma de tutela antecipatória, como, aliás, vem previsto no art. 186 do Código de Processo Civil italiano, introduzido pela reforma que ocorreu naquele país em 1990. Essa decisão, que só pode ser proferida a requerimento da parte, vale como título executivo e conserva sua eficácia, ainda que o processo seja extinto sem julgamento do mérito. Entendemos aplicável ao sistema processual brasileiro o mesmo procedimento, pois do contrário haveria abuso do direito de defesa do réu, que não contesta os 100, mas nada faz para pagá-los, postergando o processo para a discussão dos outros 100 que entende não serem devidos. Assim, pode o juiz, a requerimento do

<sup>172</sup> CUNHA, Alcides A. Munhoz da. Op. cit, p. 371.

<sup>173</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Op. cit. p. 91-92.

<sup>174</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Ibidem. p.92-93.

autor, antecipar os efeitos executivos da parte não contestada da pretensão do autor, com fundamento no CPC 273 II<sup>175</sup>.

SÉRGIO CRUZ ARENHART, por sua vez, entende que quando há reconhecimento de ocorrência de prescrição ou decadência nesse tipo de procedimento, há ocorrência da *res iudicata*, vez que nestas hipóteses o juiz pode chegar a um juízo de certeza sobre a questão, entendimento este já mencionado no item 2.5.2 do presente trabalho<sup>176</sup>.

Ante os posicionamentos acima expostos, pode-se observar que a melhor doutrina entende que em princípio as decisões fundadas em cognição parcial, sumária e não definitiva não transitam em julgado, já que não possuem aptidão para a certificação de direitos. No entanto, nos casos em que é proferido um juízo de certeza acerca da questão, típico de cognição exauriente, entende-se que há formação de coisa julgada material.

### 3.1.2.2 processo de execução

Como anteriormente visto, a qualidade de imutabilidade e estabilidade conferida pela coisa julgada está intimamente ligada à sentença de mérito. Assim, nasce a dúvida a respeito da formação ou não de coisa julgada material na execução, o que será adiante analisado.

Conforme explicam TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER e JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA, no processo de execução há cognição, porém esta é limitada à análise da admissibilidade, dos atos executivos ocorridos no processo e, excepcionalmente, quanto às questões relacionadas ao crédito exequendo, desde que não haja necessidade de dilação probatória<sup>177</sup>. Está-se diante, portanto, de cognição parcial, abrangendo em regra questões formais do processo.

Sobre a cognição parcial, esclarece ALCIDES A. MUNHOZ DA CUNHA que essa se caracteriza pela limitação imposta por lei ao objeto cognoscível quanto à

<sup>175</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. Atualidades sobre o processo civil: a reforma do Código de Processo Civil brasileiro de 1994 e de 1995, 2ª ed., rev. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996. p. 70-72.

<sup>176</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit. p.219-220.

<sup>177</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Op. cit. p. 97-98.

alegações do autor (*jus assertionis*), quanto à alegações do réu (*jus defensionis*), bem como quanto aos meios de prova (*jus probationis*)<sup>178</sup>.

Explica, o doutrinador, que o provimento de mérito, nesses casos, é fundado em cognição exauriente, porém sobre objeto previamente limitado e, no âmbito dessa limitação, possui aptidão para certificar direitos, positiva ou negativamente<sup>179</sup>.

Tendo em vista que o mérito da execução diz respeito essencialmente às atividades que se destinam à satisfação do credor, aparece o questionamento acerca da existência ou não de coisa julgada nesse tipo de processo. Tal dúvida é bem demonstrada por HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, nos seguintes termos:

Surge, então, um problema que pode ser formulado com a seguinte indagação: não se destinando a execução, no sistema do Código, a uma sentença de mérito, e podendo encerrar-se o processo executivo, mesmo quando baseado apenas em título negocial, sem decisão valorativa sobre o crédito do exequente e sua satisfação judicial coativa, haveria em tais circunstâncias o fenômeno da coisa julgada ou algum fato processual análogo incidindo sobre o resultado ou os efeitos da execução forçada? Ou continuaria permitindo às partes discutir o mérito da legitimidade do pagamento forçado, em futuras ações de cognição?<sup>180</sup>

O autor aponta a necessidade de análise de três problemas para a solução da questão, a saber: a) analisar a natureza e o objetivo do processo de execução, comparando-se com o processo de conhecimento; b) a natureza e os efeitos dos embargos do devedor e; c) a coisa julgada como fenômeno peculiar ao processo de cognição<sup>181</sup>.

Analisando os três itens, conclui o mestre que não há formação de coisa julgada na execução, vez que nesse processo não há decisão de mérito, mas apenas a prática de atos materiais que retiram bens do patrimônio do devedor. Nas palavras do autor, “a execução forçada, por si só, não induz litispendência sobre o negócio jurídico material gerador do título executivo. Os eventuais embargos do devedor é que têm aptidão para tanto”<sup>182</sup>. Isso porque, segundo o jurista, apenas a decisão de mérito proferida em sede de embargos ou de impugnação ao cumprimento de sentença possui aptidão para se tornar imutável e indiscutível.

<sup>178</sup> CUNHA, Alcides A. Munhoz da. Op. cit, p. 369.

<sup>179</sup> CUNHA, Alcides A. Munhoz da. Idem.

<sup>180</sup> THEODORO JÚNIOR. Humberto. Processo de Execução. 23. ed. rev. atual. São Paulo: Leud, 2005. p.

537.

<sup>181</sup> THEODORO JÚNIOR. Humberto. Processo de Execução. Ibidem. p. 537-544.

<sup>182</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo de Execução. Ibidem. p. 551.

WAMBIER e MEDINA, por sua vez, afirmam que em caso de reconhecimento de inexistência de crédito no curso da ação de execução há ocorrência de coisa julgada, cabendo, excepcionalmente, ação rescisória contra a sentença proferida no processo de execução<sup>183</sup>. Nas palavras dos autores:

Quanto à sentença que reconhece a prescrição na própria ação de execução: Nesse caso, extraordinária e excepcionalmente, acaba o juiz por manifestar-se acerca da (in)existência do *próprio crédito exequendo*. Pensamos que, **em tais casos, não se pode negar que terá ocorrido julgamento, embora em sede imprópria, e não há como se afastar, por isso, a ocorrência de coisa julgada**. Por tal razão, nesta hipótese caberá, excepcionalmente, desde que preenchidos os demais pressupostos, ação rescisória<sup>184</sup>. (grifou-se)

Conforme exposto, pode-se observar que a coisa julgada em princípio não é formada na execução, pois somente há que se falar em *res iudicata* em face de decisões de mérito, o que não ocorre nesse tipo de processo, que é caracterizado pela prática de atos para a satisfação do credor. No entanto, a decisão quanto aos embargos do devedor e a que julga a impugnação ao cumprimento de sentença, bem como a decisão que reconhece a prescrição nesse processo, possuem aptidão para a formação de coisa julgada material, vez que nesses casos o juiz se manifesta sobre a existência do crédito exequendo.

### 3.1.2.3 ação monitória

Trata-se a ação monitória de procedimento de cognição sumária que possui rito especial, cujo objetivo é a formação de título executivo, de maneira mais célere do que ocorre no processo de conhecimento.

Conforme estabelece o artigo 1.102 – b do CPC, estando a inicial em ordem, o juiz expede o mandado monitório. Na ação monitória o réu pode adotar três posições: cumprir o mandado, restando isento do pagamento de custas e honorários; oferecer embargos ou ficar inerte.

<sup>183</sup>

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA José Miguel Garcia. Op. cit. p.114.

<sup>184</sup>

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA José Miguel Garcia. Idem.

Segundo ADA PELLEGRINI GRINOVER, há formação de coisa julgada material quando há concessão da tutela monitoria, sem a oposição de embargos. Nas palavras da autora:

Do ponto de vista processual, nesse caso, houve aceitação espontânea do mandamento judicial. Aquela ordem torna-se efetivamente uma sentença condenatória, porque não se verificou a condição suspensiva, que é a dos embargos. Sentença condenatória — repito — com coisa julgada: material e, naturalmente, formal<sup>185</sup>.

No caso em que o devedor opõe embargos, entende a jurista que estes possuem natureza de contestação, na medida em que nesse momento há instauração do contraditório e não há limitação na sua matéria, havendo formação da coisa julgada material<sup>186</sup>.

Já na hipótese em que o devedor não cumpre o mandado monitorio nem opõe embargos, argumenta ADA P. GRINOVER que se aperfeiçoa a sentença condenatória, constituindo-se o título executivo judicial, vez que o mandado inicial ainda não é título executivo<sup>187</sup>. Para a autora, há aqui formação de coisa julgada material.

Em suma, para a autora, há formação de coisa julgada material nas três hipóteses mencionadas.

Já para EDUARDO TALAMINI, não há formação de coisa julgada na decisão concessiva de tutela monitoria, vez que, na sua opinião, essa decisão não é sentença. Nas palavras do autor:

No sistema brasileiro, reservou-se o atributo da coisa julgada às sentenças de mérito transitadas em julgado. [...] Sentença, no processo civil brasileiro, é ato que extingue o processo com ou sem julgamento de mérito [...]. A decisão que concede a tutela monitoria é proferida logo no início do processo. Mesmo na hipótese de não serem interpostos os embargos, tal decisão inicial não encerra o processo (nem sua primeira fase, cognitiva): a própria citação (aperfeiçoamento da “relação processual”, com a formação integral do processo) lhe é posterior. Portanto, e já por isso, não há de se

<sup>185</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ação Monitoria*, artigo publicado na Revista Consulex. nº 06, ano I, junho de 1997.

<sup>186</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *idem*.

<sup>187</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *idem*.

falar em coisa julgada material da decisão concessiva de mandado não embargado<sup>188</sup>.

Para o autor, quando os embargos forem opostos e julgados improcedentes, a decisão de expedição do mandado, em si, não fará coisa julgada. Já a sentença que resolver os embargos, em seu entendimento, fará coisa julgada, na medida em que conterà declaração acerca da existência ou inexistência do crédito<sup>189</sup>.

TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER e JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA, por sua vez, sustentam que quando o juiz realiza apenas cognição parcial sobre os fatos constitutivos do direito do autor, embasado tão somente na prova escrita que instrui a petição inicial, e não conhece das exceções que eventualmente o réu oponha, não há que se falar que teria havido decisão acerca da existência ou inexistência do direito do autor, não ocorrendo, portanto, coisa julgada<sup>190</sup>.

Para os referidos autores, quando o juiz rejeita a pretensão monitória do autor em razão dos elementos probatórios trazidos por este serem insuficientes, também não há manifestação judicial baseada em cognição suficiente para produzir coisa julgada<sup>191</sup>.

Já no entendimento de ALCIDES A. MUNHOZ DA CUNHA, o provimento sumário final, correspondendo à sentença extintiva de um procedimento sumarizado, por possuir presunção de certeza absoluta, endoprocessual (como é o caso do provimento monitório), tem aptidão para produzir coisa julgada formal ou preclusão *pro judicato*, porém não pode dispensar a possibilidade de ação impugnativa, de cognição exauriente, em uma lide consequente e sobre os mesmos interesses, como ocorre com os embargos monitórios<sup>192</sup>.

Assim, para o autor, a decisão que extingue o procedimento monitório produz apenas coisa julgada formal, não sendo acobertada pela coisa julgada material, já que é passível de ser elidida nos embargos monitórios.

<sup>188</sup> TALAMINI, Eduardo. *Tutela monitória: a ação monitória – Lei 9.079/95: doutrina, jurisprudência anotada, aproximadamente 200 acórdãos*. [orientação Arruda Alvim]. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p.93.

<sup>189</sup> TALAMINI, Eduardo. *Ibidem*, p.104.

<sup>190</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Op. cit. p. 121-122.

<sup>191</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Idem*.

<sup>192</sup> CUNHA, Alcides A. Munhoz da. *Comentários ao código de processo civil, v.11: do processo cautelar, arts. 796 a 812*. (coord. Ovídio Araújo Baptista da Silva). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 398.



Diante dos argumentos expostos, verifica-se que há grande controvérsia na doutrina acerca da formação de coisa julgada material no procedimento monitorio. Desse modo, há quem entenda que há formação de coisa julgada material em todas as hipóteses (quando o réu cumpre o mandado monitorio, quando opõe embargos ou resta inerte); por outro lado, há entendimento no sentido de que a decisão que concede a tutela monitoria não é sentença, de modo que não produz coisa julgada; bem como há posicionamento segundo o qual o provimento monitorio possui aptidão para formar coisa julgada formal, porém não pode ser acobertado pela coisa julgada material.

### **3.1.3 interpretação mais abrangente das hipóteses de cabimento da ação rescisória – ofensa aos princípios jurídicos**

TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER e JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA defendem também uma interpretação mais abrangente das hipóteses de cabimento da ação rescisória para considerar o seu cabimento em caso de ofensa a princípios jurídicos, além da hipótese de ofensa a literal disposição de lei.

Na opinião destes juristas, pode-se rescindir a sentença quando o Judiciário fez incidir princípio inadequado ou deixou de aplicar o princípio necessário. Isso porque, conforme argumentam os autores, a redação do art. 485, inc. V do CPC é reminiscência de uma época em que a afronta a literal dispositivo legal era o mais grave desacato à ordem jurídica <sup>193</sup>, e que hoje a ofensa a princípios é considerada muito mais nociva para o sistema do que o desrespeito a dispositivos legais <sup>194</sup>.

Este posicionamento já era defendido por PONTES DE MIRANDA, que sustentava a extensão do inciso V do artigo 485 do CPC para as normas não escritas, assim como para os princípios gerais de direito, costumes e analogia <sup>195</sup>.

No mesmo sentido, afirmam NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY que a ação rescisória tem cabimento quando a sentença de mérito violar cláusulas gerais como a função social do contrato, a boa-fé objetiva, a

---

<sup>193</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Ibidem. p. 173.

<sup>194</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Ibidem. p. 179.

<sup>195</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao Código do Processo Civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 219.

função social da propriedade e a função social da empresa, entre outras<sup>196</sup>. Segundo os doutrinadores, é admissível ainda a ação rescisória com fundamento no artigo 485, inc. V do CPC em caso de ofensa à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito, vez que se tratam de regras jurídicas previstas expressamente na lei (no artigo 4º da LICC) e, portanto, fontes de direito, equiparando-se à lei em sentido amplo<sup>197</sup>.

Também JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA defende esse posicionamento, nos seguintes termos:

O ordenamento jurídico evidentemente não se exaure naquilo que a letra da lei revela à primeira vista. Nem é menos grave o erro do julgador na solução da *quaestio iuris* quando afronte norma que integra o ordenamento sem constar literalmente de texto algum.<sup>198</sup>

Como se pode observar, atualmente não há maiores questionamentos acerca da possibilidade jurídica de ação rescisória por ofensa a princípios jurídicos, entendendo a doutrina que se deve interpretar o termo “lei” previsto no artigo 485, inciso V do CPC, de forma a abranger também os princípios jurídicos.

---

<sup>196</sup> NERY JUNIOR, Nelson; Rosa Maria de Andrade Nery. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 10ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p.779-780.

<sup>197</sup> NERY JUNIOR, Nelson; Rosa Maria de Andrade Nery. *Idem*.

<sup>198</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. 5. p. 132.

## CONCLUSÃO

Conforme visto no presente trabalho, o ordenamento jurídico, com o objetivo de proteger a estabilidade das relações jurídicas e a paz social, trouxe o instituto da coisa julgada, o qual possui proteção constitucional expressa e consiste na qualidade que torna imutável e indiscutível o comando que emerge da sentença de mérito transitada em julgado.

Ao se estudar a coisa julgada, viu-se que ela se subdivide em *coisa julgada formal* e *coisa julgada material*, sendo que a primeira se opera dentro do processo, tratando-se de preclusão da possibilidade da rediscussão da sentença proferida, e a segunda torna a sentença judicial indiscutível fora do processo, possuindo a autoridade característica da coisa julgada.

Viu-se também que a proteção da *res iudicata* está fundamentada no artigo 5º, inciso XXXVI da Carta Magna, não se tratando, como afirma parte da doutrina, de instituto com previsão apenas infraconstitucional. Dessa forma, resta clara a sua importância para o Estado de Direito e à segurança jurídica, como um direito fundamental do cidadão.

Foi possível observar que, quanto aos limites objetivos e subjetivos da coisa julgada, os primeiros têm como consequência que somente a parte decisória da sentença faz coisa julgada, ao passo que os segundos implicam que a autoridade da *res iudicata* recai somente sobre as partes entre as quais é dada, fazendo-se a ressalva de que os terceiros indiferentes devem suportar as eficácias naturais da sentença (que não se confundem com a coisa julgada), e os terceiros interessados não estão impedidos de rediscutir o julgado.

Foram analisadas também as decisões que segundo o Código de Processo Civil não fazem coisa julgada, a saber, as proferidas em jurisdição voluntária, em processo cautelar, em processo administrativo, bem como as decisões que dizem respeito às relações continuativas.

Especificamente quanto às últimas, salientou-se que a melhor doutrina entende que, apesar de o CPC afirmar que não há formação da coisa julgada, trata-se de caso em que, alterada a causa de pedir, modifica-se a ação, ensejando nova coisa julgada.

No que se refere à eficácia preclusiva da coisa julgada, viu-se que se trata de fenômeno que torna indiscutíveis as alegações deduzidas e dedutíveis relacionadas ao *thema decidendum* da demanda, ou seja, vinculadas ao pedido, às partes e à causa de pedir.

Ainda, viu-se que o fundamento da autoridade da coisa julgada diz respeito à utilidade pública e social do instituto, que busca possibilitar a segurança nas relações jurídicas, bem como a paz social.

Após a digressão acerca do instituto da coisa julgada, foi feita a análise da *Teoria da Relativização da Coisa Julgada*, a qual defende, em síntese, que nenhum valor constitucional é absoluto, devendo-se aplicar à coisa julgada o princípio da proporcionalidade, da legalidade e da instrumentalidade.

Observou-se que os doutrinadores que se insurgem contra essa tese sustentam que a coisa julgada é inerente ao Estado de Direito, não havendo possibilidade de ser ponderada ou relativizada.

Quanto às hipóteses de relativização da coisa julgada elencadas pela doutrina, destacaram-se os temas da *coisa julgada inconstitucional* e das *sentenças inexistentes*, bem como das *sentenças proferidas em ação de investigação de paternidade*, das *decisões fundadas em cognição parcial, sumária e não definitiva*, e do *cabimento de ação rescisória por ofensa a princípios jurídicos*.

Diante de todos os argumentos sustentados pela doutrina, ousa-se afirmar que são mais coerentes os apresentados pelo segmento que não admite a possibilidade de relativização da coisa julgada.

Tal entendimento respalda-se no fato de que os defensores da relativização da coisa julgada utilizam como principal argumento a preponderância do valor *justiça* sobre a *segurança jurídica*, sem, no entanto, oferecer explicação consistente para o termo *justiça*, limitando-se ao senso comum, além de deturpar a importância do instituto da coisa julgada, que, conforme visto, é essencial ao Estado de Direito, à segurança nas relações jurídicas e à paz social, tanto que possui previsão constitucional, no rol dos direitos fundamentais.

Ainda, verifica-se que a relativização da coisa julgada não garante que o Judiciário corrigirá adequadamente a decisão qualificada pela coisa julgada, não errando novamente, o que mais uma vez revela a fragilidade do argumento *justiça*.

Em suma, no atual estágio de desenvolvimento da sociedade e do Direito não há como negar a importância da coisa julgada como direito fundamental do cidadão de ter seu conflito resolvido definitivamente, evitando-se a instabilidade nas relações sociais.

Portanto, são essas as considerações cabíveis ao final do presente estudo, o qual pretendeu possibilitar uma reflexão sobre a relativização da coisa julgada, sem, no entanto, tentar esgotar o tema, o qual é bastante complexo e enseja intermináveis discussões, considerando-se a dinâmica inerente à Ciência do Direito.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Sentença e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1992.

ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

BAPTISTA, Ovídio. Coisa Julgada Relativa? In DIDIER JR. F. (org.). *Relativização da Coisa Julgada: Enfoque crítico*. Salvador: JusPODIVM, 2004.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Coisa julgada e declaração. Temas de processo civil*. 1ª Série, São Paulo: Saraiva, 1998.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de processo civil*. Campinas: Bookseller, 2002.

CUNHA, Alcides A. Munhoz da. *Correlação lógica entre cognição, preclusão e coisa julgada*. In: Revista de Processo 163, ano 33, setembro de 2008. Editora Revista dos Tribunais

\_\_\_\_\_. *Comentários ao código de processo civil, v.11: do processo cautelar, arts. 796 a 812*. (coord. Ovídio Araújo Baptista da Silva). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

DIDIER JR., F. Cognição, construção de procedimentos e coisa julgada: os regimes de formação da coisa julgada no direito processual civil brasileiro. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 26 de agosto de 2009.

DINAMARCO, C. R. Relativizar a coisa julgada material. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. São Paulo: janeiro/dezembro, 2001, vol.55/56.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ação Monitória*, artigo publicado na Revista Consulex. nº 06, ano I, junho de 1997.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Trad. Dos textos posteriores à edição de 1945 com notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil, volume 2: processo de conhecimento*. 6.ed. ver., atual. e ampl. da obra Manual do processo de conhecimento. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. Manual do Processo de Conhecimento. 3ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional: a retroatividade da decisão de (in)constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada: a questão da relativização da coisa julgada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. 3ª ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa, *Inconstitucionalidade irregularmente declarada por via incidental. Coisa julgada. Ação rescisória não proposta. Irrelevância de julgamentos posteriores do Supremo Tribunal Federal, Direito aplicado II*, Rio de Janeiro: Forense, 2005.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 12ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. 5.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_. A Polêmica sobre a Relativização (Desconsideração) da coisa julgada e o estado democrático de Direito, *in* DIDIER JR. F. (org.). *Relativização da Coisa Julgada: Enfoque crítico*. Salvador: JusPODIVM, 2004.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 7ª ed. São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_. *Código de processo civil comentado*. 10ª ed. São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 10ª Ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_. *Atualidades sobre o processo civil: a reforma do Código de Processo Civil brasileiro de 1994 e de 1995*, 2ª ed., ver. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil. Tomo V (art.444 – 475)*. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

———. *Tratado da ação rescisória*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2003.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. rev. e ampl., Belo Horizonte: Fórum, 2005.

SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres*. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

STJ, 4º T., RESP 226.436-PR, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j.28.06.2001, unânime, DJU 04.02.2002, p.370.

STJ, Resp 107.248-GO, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU, 29 jun. 1998, p. 160.

TALAMINI, Eduardo. *A coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

———. *Tutela monitoria: a ação monitoria – Lei 9.079/95: doutrina, jurisprudência anotada, aproximadamente 200 acórdãos*. [orientação Arruda Alvim]. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

THEODORO JR., H.; CORDEIRO, J. F. de. “A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle”, in *Coisa julgada Inconstitucional*, Ed. América Jurídica, Rio de Janeiro, 2002.

———. “A coisa julgada inconstitucional e seus instrumentos de controle”. RT, v.795. p.26-30.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, vol.1, 40ª ed., Rio de Janeiro:Forense, 2003.

———. *Processo cautelar*. 13ª ed. rev. e atual. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda., 1992.



\_\_\_\_\_. *Curso de direito processual civil – teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

\_\_\_\_\_. *Nulidade, Inexistência e Rescindibilidade da Sentença*. In: *Sentença: Direito processual ao vivo*. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

\_\_\_\_\_. *Prova — Princípio da Verdade Real — Poderes do Juiz — Ônus da prova e sua Eventual Inversão — Provas Ilícitas — Prova e Coisa Julgada nas Ações relativas à Paternidade (DNA)*. Em: *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, 1999, n. 03, p. 20.

\_\_\_\_\_. *Processo de Execução*. 23. ed. rev. atual. São Paulo: Leud, 2005.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil, volume 1: teoria geral do processo de conhecimento*. Coord. Luiz Rodrigues Wambier. 7º ed. Rev. E atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.